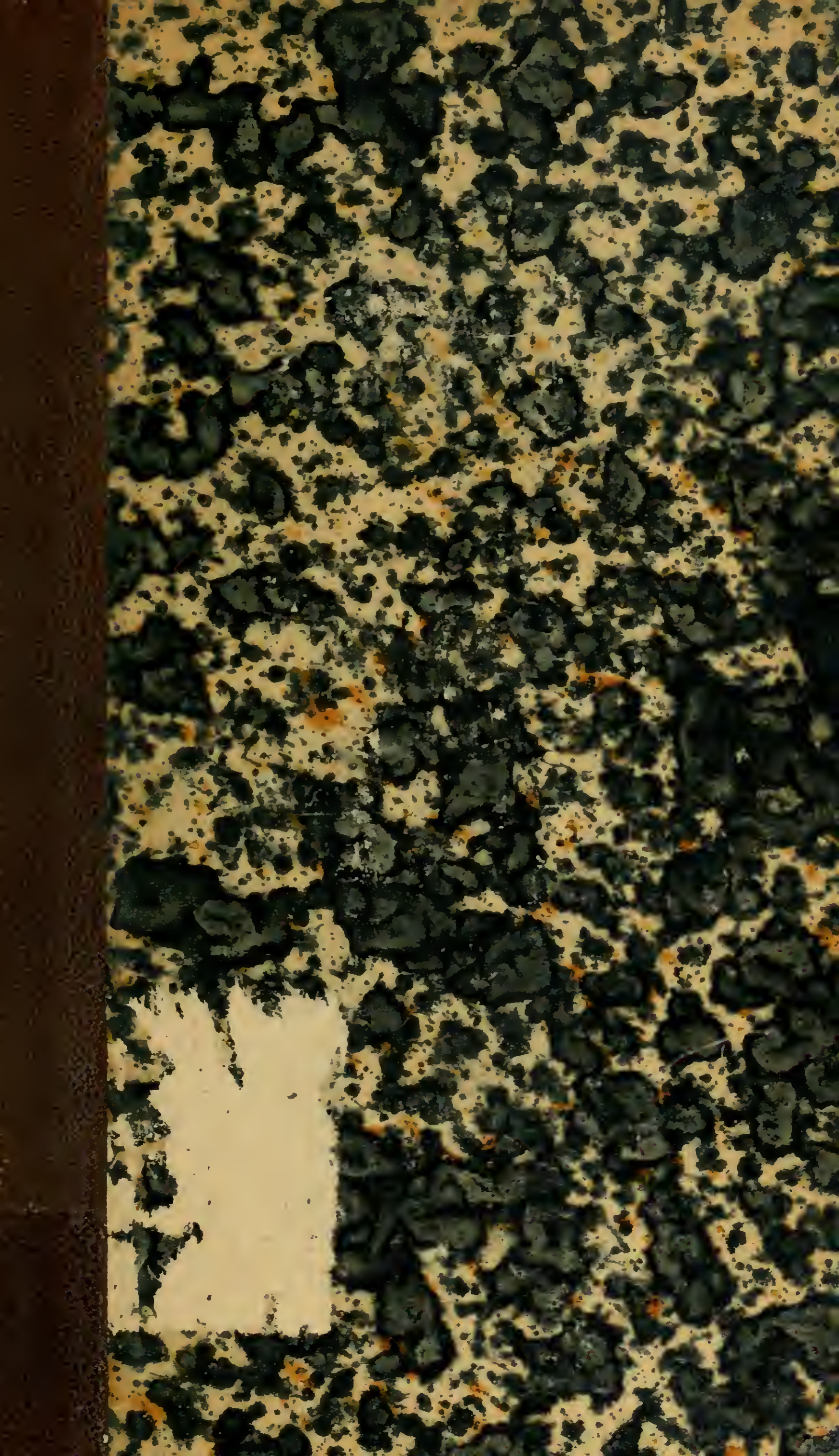
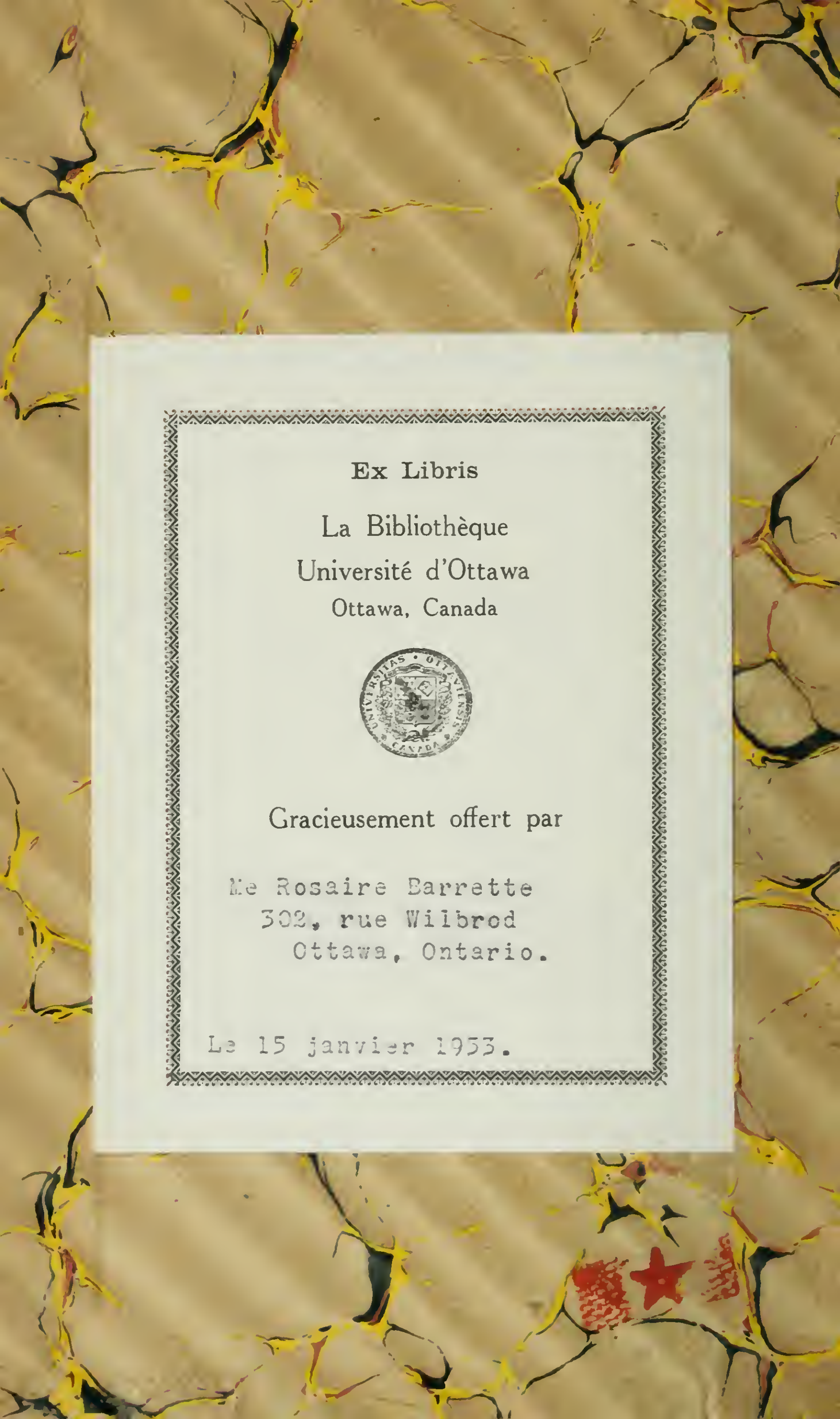
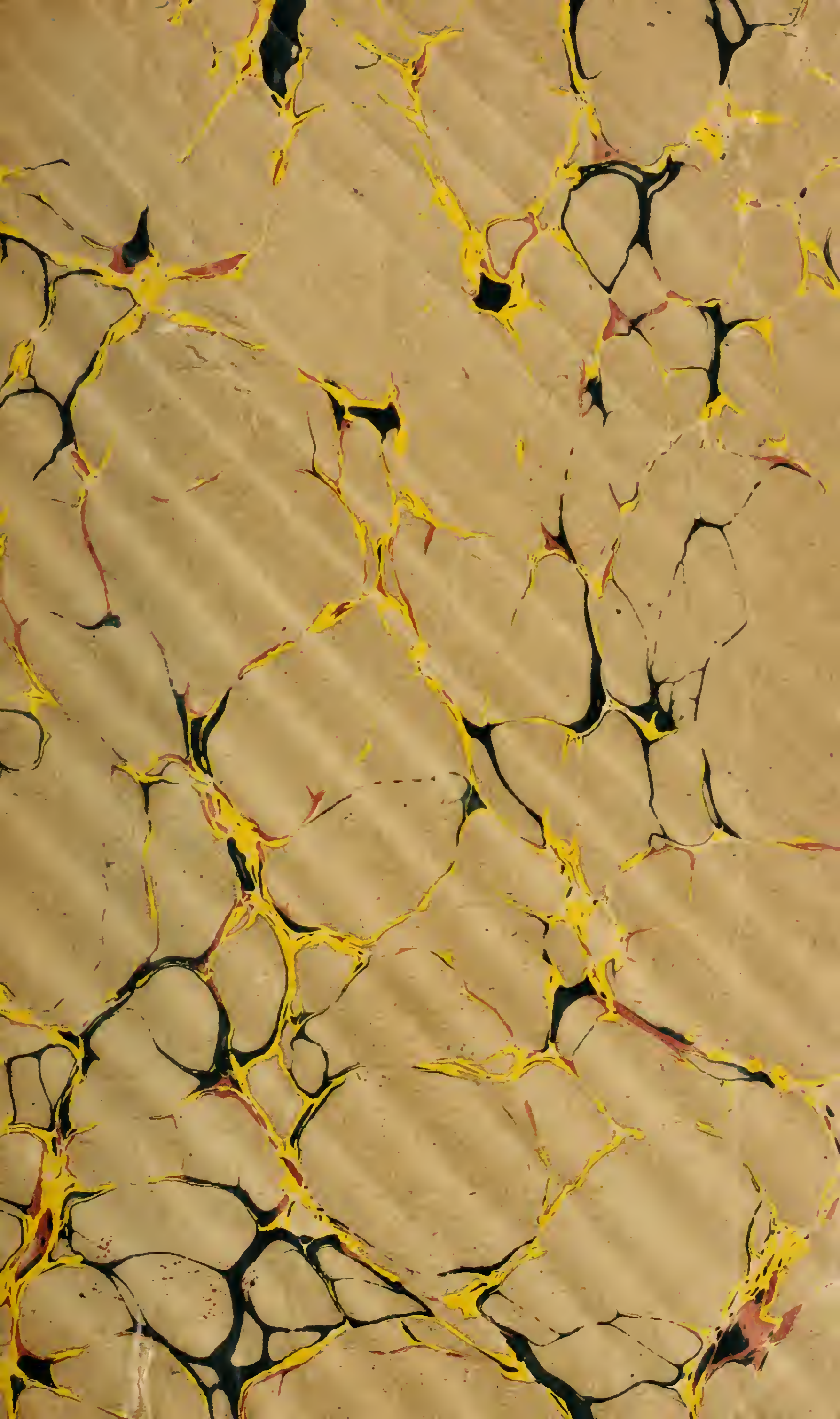








COURS

DE

CODE NAPOLÉON

XXVI

11361. — IMPRIMERIE GÉNÉRALE. — LAHURE
Rue de Fleurus, 9, à Paris

TRAITÉ

DES CONTRATS

OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

EN GÉNÉRAL

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR IMPÉRIALE DE CAEN
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR

TOME TROISIÈME.

PARIS

AUGUSTE DURAND
LIBRAIRE
RUE CUJAS, 9 (ANC. RUE DES GRÈS)



HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 79

1870

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846; de Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume.

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

SECTION III.

DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES.

SOMMAIRE.

1. — Division.

1. — Quels sont les caractères distinctifs de l'obligation alternative?

Et quels sont ses effets?

Voilà les deux points que nous avons à examiner.

I.

Des caractères distinctifs de l'obligation alternative.

SOMMAIRE.

2. — L'obligation alternative est celle qui comprend deux choses sous une particule disjonctive. — Exemple.
3. — Elle peut aussi en comprendre trois, ou quatre, ou plus encore.
4. — Le mot *chose* doit s'entendre ici dans son acception large, comme exprimant tout ce qui peut être la matière d'une obligation.
5. — Suite. — Observation.
6. — De quelle manière les choses sont-elles dues dans une obligation alternative?
7. — Suite.
8. — Suite. — Déductions.
9. — 1°. L'obligation est pure et simple, si l'une des deux choses promises ne pouvait pas être l'objet de l'obligation.
10. — Suite.
11. — Suite.
12. — Suite.
13. — 2°. L'obligation devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée.
14. — 3°. Le créancier doit comprendre les deux choses dans sa demande, avec l'alternative sous laquelle elles sont dues.
15. — 4°. Si l'obligation alternative comprend des choses de nature différente, une chose mobilière, par exemple, ou une chose immobilière, sa nature, à elle-même, ne peut être déterminée *a priori*; elle dépend du choix, qui sera fait pour le payement.
16. — 5° L'obligation alternative est-elle translative de propriété, lorsqu'elle a pour objet des corps certains et déterminés? — Exposition.
17. — *a*. D'après une première opinion, l'obligation alternative n'est, en aucun cas, translative de propriété.
18. — *b*. Une seconde opinion distingue si le choix appartient au débiteur ou s'il appartient au créancier ; et elle décide que l'obligation alternative, qui ne transfère pas la propriété dans le premier cas, la transfère, au contraire, dans le second cas.
19. — *c*. C'est dans tous les cas sans distinction qu'il faut décider que l'obligation alternative est translative de propriété.
20. — Importance théorique et pratique de la solution qui précède.
21. — Suite.
22. — Suite.
23. — Suite. — Si les deux choses ont péri par cas fortuit chez le débiteur, la perte doit-elle être supportée par le créancier, de sorte qu'il n'en soit pas moins tenu de payer le prix, quoique ni l'une ni l'autre des choses ne puisse plus lui être livrée ?
24. — Il ne faut pas confondre l'obligation alternative avec l'obligation conjonctive. — Qu'est-ce qu'une obligation conjonctive?
25. — Suite.
26. — Suite. — Des effets de l'obligation conjonctive.

2. — I. D'après l'article 1189 :

« Le débiteur d'une obligation alternative est libéré « par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient « comprises dans l'obligation »,

Je me suis obligé à vous livrer telle chose ou telle autre chose, mon cheval blanc ou mon cheval noir, non pas l'un *et* l'autre conjonctivement, mais l'un *ou* l'autre disjonctivement :

Je ne dois donc vous livrer que l'une des deux choses ; et la délivrance que je vous ferai de l'une éteindra mon obligation à l'égard de l'autre.

Telle est l'obligation alternative.

Obligation *composée*, par opposition à l'obligation *simple*, qui ne comprend qu'une seule chose, elle comprend deux choses sous une particule disjonctive; de manière que le payement de l'une doit, en effet, libérer l'autre.

« *Ubi verba conjuncta non sunt*, disait Paul, *sufficit alterutrum esse factum.* » (L. 10, ff. *De Reg. juris.*)

3. — L'article 1189 prévoit le cas où l'obligation alternative comprend seulement deux choses.

Mais elle peut en comprendre trois, ou quatre, ou plus encore.

Il suffit, quel qu'en soit le nombre, qu'elle les comprenne sous une particule disjonctive, pour qu'elle soit alternative à l'égard de toutes également.

Dumoulin remarquait, il est vrai, avec une certaine justesse, que le mot *alternative* ne suppose régulièrement que deux choses :

« *Ut enim alter vel alteruter proprie et stricte dicitur de duobus tantum..., ita alternativa stipulatio dicitur stricte et proprie de duobus tantum....* »

Mais il n'en reconnaissait pas moins le caractère alternatif dans la stipulation qui comprend plus de deux choses :

« *Et quod dico de duobus, idem de tribus vel pluribus alternatim expressis, quia adhuc est alternativa, licet minus propria....* » (Div. et indiv. Part. II, n° 122).

C'est aussi ce que le Code a pris soin de dire dans l'article 1196 :

« Les mêmes principes s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative. »

Si donc, à l'exemple du législateur, nous appliquons les explications qui vont suivre au cas où l'obligation alternative comprend seulement deux choses, il est entendu qu'il faut les appliquer de même, *mutatis mutandis,* au cas où elle en comprend un plus grand nombre.

4. — Le mot *chose,* d'ailleurs, doit s'entendre ici dans l'acception large que nous lui avons déjà reconnue, comme exprimant tout ce qui peut être la matière d'une obligation : non-seulement donc un bien corporel, meuble ou immeuble, que le débiteur promet de donner, mais encore un fait qu'il promet d'accomplir ou dont il promet de s'abstenir. (Comp. le tome I, de ce *Traité,* n° 302.)

Aussi le mot *prestation* aurait-il été plus correct, dans l'article 1189, que le mot *chose*, qui, rapproché du mot *délivrance,* qui s'y trouve également employé, semblerait impliquer que le caractère alternatif ne peut convenir qu'aux obligations de donner.

Mais ce n'est là, tout au plus, qu'une incorrection de langage.

Et il est manifeste que l'obligation alternative peut avoir indistinctement pour objet une *chose*, *un fait*, ou une *abstention* :

« Comme si, dit Pothier, je me suis obligé de vous bâtir une maison ou de vous donner cent pistoles.... » (N° 245).

Rien ne s'oppose, en effet, à ce que les parties contractantes posent l'alternative comme elles l'entendent : soit entre deux *choses*; — soit entre deux *faits*; — soit entre deux *abstentions*; — soit entre une chose ou un fait; — soit entre un fait ou une abstention, etc.

5. — A la condition, toutefois, qu'il existe entre les prestations comprises alternativement dans l'obligation une différence qui les distingue l'une de l'autre, et d'où résulte pour la partie à laquelle le choix appartient un intérêt à l'exercer.

Il est évident que l'obligation serait *simple*, et non pas *composée* ni *alternative*, si cet intérêt n'existait pas.

Je me suis obligé à faire, pour vous, tel ouvrage; sinon, à vous payer une somme de 500 fr. *ou* une somme de 1000 fr.

Cette obligation subsidiaire est-elle alternative?

Il faudrait, pour répondre affirmativement, supposer un débiteur qui aimerait mieux payer 1000 fr. que 500 fr.

Or cela ne se voit guère!

Une telle proposition est d'évidence. (Comp. Pomponius, L. 12, ff. *De Verbor. obligat.*; Pothier, n° 245.)

Mais du motif même sur lequel elle est fondée il résulte que l'obligation peut être alternative, lorsqu'il existe pour celui à qui le choix appartient un intérêt à l'exercer entre les deux quantités inégales qui y sont comprises.

C'est ce qui arrivera si on suppose que la partie de l'alternative qui s'applique à la quantité la plus faible est accompagnée de modalités différentes de celles qui

accompagnent la partie de l'alternative qui s'applique à la quantité la plus forte.

Je m'oblige à vous livrer cent hectolitres de blé dans trois mois, *ou* deux cents hectolitres dans six mois.

Voilà certainement une obligation alternative.

6. — De quelle manière les choses sont-elles dues dans l'obligation alternative?

C'était, dans notre ancien droit, une question fort agitée entre les docteurs; et peut-être y avaient-ils employé des arguments un peu subtils;

Ce qui a pu faire dire que *cette question est purement oiseuse*. (Larombière, t. II, art. 1189, n° 6.)

Tel n'est pas notre avis pourtant; et nous croyons qu'il n'est pas sans intérêt, pour la rectitude scientifique des solutions que nous avons à en déduire, de préciser, sous ce rapport le caractère de l'obligation alternative.

La doctrine la plus générale autrefois paraît avoir été que les choses auxquelles l'obligation alternative s'applique sont également *in obligatione*, et qu'elles sont dues au même degré, en ce sens que chacune d'elles est due sous cette condition réciproque : si l'autre n'est pas payée.

Cette doctrine toutefois avait rencontré un redoutable adversaire dans Dumoulin, qui l'a combattue avec cette rudesse de démonstration dont ses meilleurs morceaux portent souvent l'empreinte.

Suivant lui, les deux choses dues alternativement ne sont pas *in obligatione*, mais seulement l'une d'elles.

Le débiteur d'une obligation alternative n'est pas tenu de livrer l'une et l'autre chose.... *utrumque*, mais seulement l'une ou l'autre.... *alterutrum;*

« *Ergo, non utrumque, sed alterutrum tantum est in obligatione....* » (Part. II, n° 118.)

Autrement, on en viendrait à prétendre que dans l'obligation de genre, c'est-à-dire dans l'obligation qui a

pour objet une chose déterminée seulement dans son espèce et dans sa quantité, comme celle de livrer dix mesures de blé ou de livrer un cheval, toutes les choses du genre sont *in obligatione*, et que le débiteur doit, jusqu'à ce qu'il soit libéré, tout le blé et tous les chevaux qui existent !

Et c'est, en effet, à cette extrémité qu'en étaient venus quelques-uns, qui de l'assimilation de l'obligation alternative à l'obligation de genre déduisaient cette conclusion que :

De même que toutes les choses comprises dans une obligation alternative sont *in obligatione*, en vertu d'un dénombrement exprès.... *per expressam dinumerationem*,

Dans une obligation de genre toutes les choses du genre sont *in obligatione*, en vertu d'un dénombrement tacite.... *per tacitam vel intellectualem dinumerationem;*

De sorte qu'il n'y aurait pas de différence entre l'une et l'autre obligation!

« .... *Non esse differentiam inter obligationem alternativam et obligationem generis....* » (*Loc. supra cit.*, n° 99.)

7. — Oh! certainement Dumoulin avait, si j'osais m'exprimer ainsi, *beau jeu* contre une doctrine pareille!

Et il a pu répondre que le sens commun suffisait à la réfuter.... *quod sensus communis ostendit!* (*Loc. supra*, n° 66.)

Il est, en effet, d'évidence que l'obligation de genre, dans son indétermination sans limites, ne s'applique, dans le présent, à aucun objet, et que l'objet auquel elle doit s'appliquer, dans l'avenir, et qui est, jusqu'à la délivrance, quelque chose seulement d'intellectuel et d'idéal, *aliquid intellectuale.... et ideam platonicam!...* ne saurait être déterminé que par la délivrance même.

Aussi l'obligation de genre ne peut-elle produire qu'un simple droit de créance, *jus ad rem*, sans conférer jamais un droit de propriété, *jus in re*.

Et la question qui s'agite, en ce qui concerne l'obligation alternative, de savoir si elle rend le stipulant propriétaire ou seulement créancier, cette question ne peut pas même s'élever en ce qui concerne l'obligation de genre, dans laquelle le stipulant ne peut certainement être que créancier ! (*Infra*, n° 23.)

8. — C'est que l'obligation alternative, à la différence de l'obligation de genre, comprend déterminément chacune des choses auxquelles elle s'applique.

Ce qui la caractérise, en effet, c'est qu'elle se produit sous une expression dans laquelle toutes les choses qu'elle comprend se trouvent individuellement désignées.... *et per se contemplatæ !* (Dumoulin, *loc. supra*, n° 156.)

Voilà son vrai caractère, qui la distingue à la fois de l'obligation de genre et de l'obligation de corps certain, entre lesquelles elle tient, en quelque sorte, une place intermédiaire.

Or, s'il en est ainsi, comment ne pas reconnaître que les choses auxquelles elle s'applique sont *in obligatione*, et qu'elles sont toutes également dues?

On peut dire, sans doute, en un certain sens, que l'obligation alternative n'a pour objet que l'une des choses qu'elle comprend, en ce sens que le débiteur sera libéré en livrant l'une ou l'autre.

Et le choix qu'il fera déterminant et concentrant l'obligation sur la chose qui sera choisie, il en résultera effectivement qu'elle seule aura été due *ab initio*. (Comp. Toullier, t. VI, n° 689; Larombière, t. II, art. 1189, n° 6.)

Mais laquelle sera choisie?

On l'ignore!

Et c'est précisément dans cette incertitude qu'il s'agit d'apprécier le caractère de l'obligation alternative, et si les deux choses auxquelles elle s'applique sont également *in obligatione*.

Or, les termes de la question étant ainsi précisés, nous ne croyons pas que l'on puisse hésiter à la résoudre affirmativement.

Les deux choses, en effet, auxquelles l'obligation s'applique, sont comprises dans cette obligation, de la même manière et au même degré, ni plus ni moins.

L'une n'est pas due plus que l'autre, ni avant l'autre; il n'y en a pas une qui soit due principalement, tandis que l'autre serait due subsidiairement.

Toutes les deux sont, au contraire, sur le même plan, dans une parfaite réciprocité de lien.

De sorte qu'il n'y a aucun motif pour prétendre, de l'une plutôt de l'autre, qu'elle n'est pas *in obligatione*. (Comp. Pothier, n°s 246-248; Demante et Colmet de Santerre, t. V, n°s 115 et 115 *bis*.)

C'est-à-dire que l'obligation alternative offre l'image d'une sorte de solidarité réelle et *objective*, à l'instar de la solidarité personnelle et *subjective*.

Quand deux codébiteurs sont engagés dans une obligation solidaire, qui pourrait avoir l'idée de soutenir qu'ils ne sont pas également *in obligatione!*

« Il y a solidarité entre les débiteurs *lorsqu'ils sont obligés à une même dette*.... (art. 1200).

Sans doute, *le payement fait par un seul libérera les autres envers le créancier*.

Mais tant que le payement n'a pas eu lieu, ils n'en sont pas moins tous également débiteurs!

Eh bien! de même, tant que le payement de l'une des choses comprises dans l'obligation alternative n'a pas eu lieu, elles n'en sont pas moins toutes dues également, et, nous pourrions dire, solidairement!

Aussi Dumoulin finit-il par reconnaître cette vérité.

Et c'est sa dissertation même qui témoigne que chacune des choses comprises dans l'obligation alternative est due également et principalement.... *per se, æque, ac principaliter, licet alternative*.... (Part. II, n° 157.)

9. — De cette prémisse, une fois posée, toutes nos déductions vont procéder logiquement, et, en quelque sorte, d'elles-mêmes.

1° C'est ainsi que, d'après l'article 1192 :

« L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation. »

Le *sujet*..., dit notre texte, ou plus correctement, l'objet (art. 1108, 1126).

Rien de plus simple ! puisque les choses étaient, toutes les deux, *in obligatione*.

L'une d'elles manque !

Eh bien ! l'autre reste.

Et l'obligation a toujours un objet.

10. — J'ai promis de livrer une chose qui est dans le commerce, *ou* une chose qui n'est pas, au contraire, dans le commerce (art. 538).

Mon obligation est valable; mais, en se concentrant sur l'une des choses seulement, elle est pure et simple.

Pourquoi, en effet, serait-elle nulle? où est l'obstacle à ce qu'elle subsiste, quant à la chose qui peut en être l'objet?

Il en serait de même si j'avais promis une chose licite *ou* une chose illicite.

11. — Dans ce dernier cas, toutefois, il importe de vérifier exactement le caractère de la convention, afin d'empêcher que les parties ne déguisent, sous l'apparence d'une obligation alternative, une obligation illicite principale, dans laquelle la prétendue alternative ne serait qu'une clause pénale accessoire, destinée à en garantir l'exécution.

Ce n'est pas alors, en effet, l'article 1192 qu'il faudrait appliquer, mais bien l'article 1227, d'après lequel :

« La nullité de la clause pénale entraîne celle de l'obligation principale. »

C'est aux magistrats qu'il appartient de rechercher, en fait, la véritable intention des parties, et si leur convention présente deux objets principaux, ou si l'un d'eux, celui qui est illicite, en est seul l'objet principal.

Le caractère illicite de l'une des prestations était-il assez apparent pour que les parties n'aient pas pu s'y méprendre?

On devra être naturellement porté à supposer qu'elles n'ont fait qu'une convention avec clause pénale;

Tandis que la supposition contraire devrait plutôt prévaloir, si le caractère illicite de la convention pouvait paraître douteux. (Comp. *infra*, n° 33; Colmet de Santerre, t. V, n° 119 *bis*.)

12. — L'une des deux choses que le promettant s'obligeait, sous une alternative, à livrer au stipulant, appartenait à celui-ci au moment où la convention a été formée.

Le promettant peut-il néanmoins la lui livrer si, au moment où la livraison doit se faire, cette chose a cessé de lui appartenir?

Non! répondait Pothier, d'après Marcellus (L. VII, § 4, ff. *De Solut. et Liber.*) :

« Parce que cette chose n'étant pas, lors du contrat, susceptible de l'obligation qui a été contractée envers moi, *cum res sua nemini deberi possit,* il n'y a que l'autre qui soit due. » (N° 249.)

Cette déduction serait encore généralement vraie. (Comp. Toullier, t. III, n° 689; Larombière, t. II, art. 1192, n° 1.)

Supposons, en effet, que, lors du contrat, les deux choses appartenaient au stipulant.

Il est clair que le contrat n'aurait pas pu se former, faute d'objet.

Eh bien! de même, il n'a pas pu se former d'une manière alternative, faute de deux objets, puisque l'un d'eux, appartenant au stipulant, ne pouvait pas être

compris dans l'obligation alternative, à ce moment où elle devait se former. (Comp. le t. I de ce *Traité*, n° 310.)

Il en serait autrement dans une obligation de genre!

Oh! sans doute; et rien ne s'oppose, en effet, dans ces sortes d'obligations, à ce que le promettant livre au stipulant une chose qui appartenait à celui-ci lors du contrat! (Loi précitée, 7, § 4, ff. *De Solut.*)

Mais c'est là précisément ce qui différencie l'obligation de genre d'avec l'obligation alternative; c'est que dans la première les choses ne sont pas considérées individuellement..., *per se contemplatæ;* tandis qu'elles sont considérées individuellement dans la seconde! (*Supra*, n° 8.)

« ... Quia, in alternativa, contrahentes videntur habere affectum *ad determinatas species;* sed in stipulatione generis, non videntur habuisse affectionem *magis ad unum quam ad alium.* » (Dumoulin, Part. II, n° 157.)

13. — 2° D'après l'article 1193,

« L'obligation devient pure et simple si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée... »

L'une des choses a péri soit par cas fortuit, soit même par la faute du débiteur;

Ou le promettant est devenu, depuis le contrat, propriétaire de l'une d'elles.

L'autre chose reste due, dès lors, déterminément.... *reliquum debetur,* dit Pomponius (l. XVI, ff. *de Verbor. obligat.;* comp. Douai, 13 nov. 1844, Browe-Donioux, Dev., 1845, II, 369).

Pourquoi?

Toullier, reprenant Pothier, *dont la doctrine, en ce point, lui paraît inexacte*, répond que :

« Ce n'est point parce que, les deux choses étant dues, l'obligation subsiste dans celle qui reste; mais parce que c'est le propriétaire d'une chose qui doit en supporter la perte. » (T III, n° 695.)

Mais c'est Toullier, au contraire, qui nous paraît commettre ici une double inexactitude, en prétendant :

1° Que les deux choses comprises dans une obligation alternative ne sont pas également dues;

2° Que cette obligation n'est pas translative de propriété.

Nous croyons avoir déjà réfuté la première proposition (*supra*, nos 6-8).

Et nous espérons pouvoir réfuter bientôt la seconde (*infra*, nos 16-19).

Aussi Toullier a-t-il été lui-même repris par son savant annotateur, qui enseigne, bien plus justement, que « l'obligation devient pure et simple après la perte de l'une des deux choses, parce que l'objet de cette obligation, qui était une chose indéterminée entre deux choses déterminées, se trouve fixé à celle qui reste » (Duvergier, sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a*).

14. — 3° Puisque les deux choses sont également *in obligatione*, le créancier doit les comprendre toutes les deux dans sa demande, non pas, bien entendu, conjonctivement, mais disjonctivement, avec l'alternative sous laquelle elles sont dues;

Excepté, pourtant, le cas où le choix, qui, en règle générale, appartient au débiteur, aurait été, par une clause particulière, accordé au créancier. (Comp. *infra*, nos 37-38; Pothier, n° 248.)

15. — 4° Il s'ensuit encore que si l'obligation alternative comprend des choses de nature différente, une chose mobilière, par exemple, ou une chose immobilière, une chose divisible ou une chose indivisible, sa nature, à elle-même, ne peut pas être déterminée *a priori*, et qu'elle dépend du choix qui sera fait pour le payement.

Est-ce le meuble qui est choisi?

L'obligation sera mobilière;

Et elle sera immobilière si c'est l'immeuble qui est l'objet du choix.

De même qu'elle sera divisible si c'est la chose divi-

sible qui est choisie, et indivisible si le choix porte sur la chose indivisible. (Comp. art. 1221-3°.)

Mais, tant que le choix n'a pas eu lieu, le meuble ou l'immeuble, la chose divisible ou la chose indivisible, étant également dus, et au même degré, ni plus ni moins l'un que l'autre, la nature mobilière ou immobilère, divisible ou indivisible, de l'obligation, demeure, par cela même, en suspens. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens*, — *de la Propriété*, — *de l'Usufruit*, etc., t. I, n° 350; Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 74.)

16. — 5° Enfin, du caractère que nous venons d'attribuer à l'obligation alternative, nous concluons encore qu'elle confère au stipulant, dès l'instant où elle est formée, et avant même que le choix du débiteur ou du créancier ait spécialisé celle des choses qui en sera seule définitivement l'objet, qu'elle lui confère, disons-nous, non pas seulement un droit de créance, *jus ad rem*, mais un droit de propriété, *jus in re*, lorsque, bien entendu, elle a pour objet des corps certains et déterminés;

Comme si, par exemple, je vous ai vendu ma maison A ou ma maison B.

Cette dernière déduction, toutefois, est fort controversée.

Et deux thèses contraires sont soutenues dans la doctrine :

La première, qui nie que, en aucun cas, l'obligation alternative puisse, par elle-même, transférer la propriété;

La seconde, qui distingue si le choix appartient au débiteur ou s'il appartient au créancier, et qui, refusant aussi, dans le premier cas, à l'obligation alternative l'effet translatif de propriété, le lui reconnaît dans le second cas.

17. — *a*. En faveur de la première thèse, on peut dire que la propriété, par son caractère essentiel, ne saurait s'appliquer qu'à un objet spécialement déterminé.

La propriété, en effet, c'est le droit le plus net et le plus arrêté qui existe !

« *Aio hanc rem esse meam !* »

Comment concevoir une propriété qui ne s'appliquerait à aucun objet, une propriété *in abstracto*, et pour ainsi dire.... *en l'air !*

Or, dans l'obligation alternative, le droit du stipulant ne s'applique déterminément, tant que le choix n'est pas fait, à aucune des deux choses ;

Donc, il est impossible qu'il constitue un droit de propriété.

Et voilà bien ce que M. Bigot-Préméneu a déclaré dans l'*Exposé des motifs :*

« Lorsque l'une ou l'autre de deux choses a été promise, il y a incertitude sur celle des choses qui sera délivrée au créancier ; *et de cette incertitude il résulte qu'aucune propriété n'est transmise au créancier que par le payement de l'une des choses; jusqu'alors, la propriété reste sur la tête et, conséquemment, aux risques du débiteur.* » (Fenet, t. XIII, n° 246.)

« Telle est la véritable théorie de la matière, » dit Toullier, qui conclut que l'objet du contrat demeurant en suspens, et *ne pouvant être déterminé que par le choix du débiteur ou du créancier, si le choix lui est déféré,* ce ne peut être que par le choix, ou plutôt par la notification qui en est faite, que la propriété est transférée, en vertu de l'obligation. (T. III, n° 695.)

Cette théorie est aussi celle de M. Larombière (t. III, art. 1193-1194, n° 2).

18. — *b.* Marcadé, au contraire, paraît faire une distinction :

Le choix a-t-il été laissé au débiteur, suivant la règle générale ?

Le savant auteur admet aussi que la propriété ne sera transférée au créancier que par l'exercice du choix, qui déterminera celle des choses auxquelles son droit s'applique.

Mais il admet que la propriété sera immédiatement transférée au créancier, si c'est à lui que le choix a été déféré.

« Ainsi, dit-il, quand Pierre avait promis de me donner son navire ou sa maison, et qu'il vend cette maison *après que le navire a péri*, il est clair que l'obligation, par la perte du navire, s'étant trouvée avoir la maison pour objet unique, j'ai été dès lors propriétaire de cette maison et que je peux la revendiquer. »

Puis il ajoute :

« Que si le choix entre la maison ou le navire avait été laissé à moi, créancier, je pourrais revendiquer, *dans le cas même où la maison aurait été aliénée, le navire existant encore : alors, en effet, j'étais propriétaire de celui des objets que je voudrais choisir;* j'étais propriétaire de la maison, sous la condition que je la choisirais; le choix que je déclare faire de cette maison a donc un effet rétroactif et m'en rend propriétaire depuis le jour même du contrat. » (T. IV, art. 1194, n° 587.)

19. — *c.* Mais nous n'admettons, pour notre part, ni l'une ni l'autre de ces thèses; et, à notre avis, c'est dans tous les cas sans distinction que l'on doit décider que l'obligation alternative est translative de propriété :

1° En effet, aux termes de l'article 1138,

« L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes; elle rend le créancier propriétaire.... »

Cette disposition est générale, et doit, en conséquence, s'appliquer à toute obligation de livrer une chose, à moins qu'il n'existe un texte contraire, ou que le caractère essentiel de l'obligation y résiste;

Or, on ne trouve, en ce qui concerne l'obligation alternative, aucun texte qui l'excepte de la règle posée par l'article 1138;

Et nous n'apercevons non plus, dans son caractère, aucun obstacle à ce que cette règle lui soit appliquée;

Tout au contraire ! puisque cette obligation, quoique alternative, n'en comprend pas moins chacune des choses auxquelles elle s'applique.

2° La propriété peut être soumise à une condition (comp. le t. II de ce Traité, n° 357 *bis*).

Pourquoi ne pourrait-elle pas être soumise à une alternative ?

Cette différence serait d'autant plus difficile à comprendre, que l'obligation conditionnelle et l'obligation alternative, malgré les différences qui les séparent, ont néanmoins entre elles une certaine affinité.

Car chacune des choses est due déterminément sous la condition qu'elle sera choisie par le débiteur ou par le créancier; et il est tout simple que la condition une fois accomplie par le choix, la propriété soit rétroactivement considérée comme ayant été transférée au créancier, dès le jour du contrat. (Comp. *infra*, n° 63).

3° Ces motifs prouvent qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où le choix appartient au débiteur et le cas où le choix appartient au créancier.

Aussi, accorderions-nous au créancier le droit de revendication dans l'hypothèse même où Marcadé le lui refuse, c'est-à-dire lorsque le débiteur, ayant promis de livrer un navire ou une maison, aurait aliéné la maison, avant que le navire eût péri; nous accorderions au créancier le droit de revendiquer la maison contre le tiers-acquéreur, si le navire venait à périr ensuite, avant de lui avoir été livré; car il n'a pas pu dépendre du débiteur de diminuer, par cette aliénation, qui est son fait, le droit conditionnel que l'obligation avait conféré au créancier sur la maison.

4° Enfin, quant à l'opinion individuelle de M. Bigot-Préameneu, elle ne saurait prévaloir sur les textes de la loi et sur les principes, dont ces textes sont l'exacte consécration ; d'autant moins que l'orateur n'a exprimé cette

opinion qu'incidemment, à propos de la question des risques, qu'il prétend subordonner, très-peu juridiquement aussi, suivant nous, à la question de propriété! (Comp. le tome I de ce Traité, n° 424.)

Concluons donc que l'obligation alternative est, dans tous les cas, translative de propriété, et qu'on ne saurait priver le créancier des garanties, que le législateur du Code Napoléon a voulu lui assurer, lorsque l'obligation a pour objet une chose déterminée, contre l'insolvabilité ou la mauvaise foi du débiteur. (Comp. Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 548-550; Colmet de Santerre, t. V, n° 115 *bis*, VI).

20. — Ces garanties sont considérables!

Il suffira de les rappeler, pour faire comprendre l'importance théorique et pratique de la controverse que nous venons de résoudre.

De ce que l'obligation alternative est translative de propriété, voici, en effet, les conséquences qu'il faut déduire :

1° En cas de faillite ou de déconfiture du débiteur, le créancier peut revendiquer l'une ou l'autre des choses promises, sans subir la perte, que lui imposerait une contribution, s'il n'avait droit, comme créancier, qu'à un simple dividende.

21. — 2° Cette revendication, qu'il peut exercer contre les créanciers de son débiteur, quand les choses n'ont point été aliénées par lui, il peut aussi l'exercer contre les tiers acquéreurs, auxquels le débiteur les aurait transmises;

En remplissant, bien entendu, les conditions ordinaires auxquelles l'action en revendication est soumise.

Si donc il s'agit d'immeubles, il faudra qu'il ait rempli les conditions imposées par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

Et s'il s'agit de meubles, la revendication ne pourra

pas être exercée contre le tiers acquéreur de bonne foi (art. 2279).

22. — 3° Si l'une des deux choses promises est un immeuble, le créancier pourra l'hypothéquer conditionnellement, avant même que le choix ait été exercé.

Bien plus! si les choses sont toutes les deux immeubles, il pourra les hypothéquer : soit l'une d'elles, soit toutes les deux.

Et le sort de l'hypothèque dépendra du choix qui sera fait ensuite soit entre le meuble et l'immeuble, soit entre les deux immeubles, par la partie à qui le choix appartient. (Comp. Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 549 et 551; Colmet de Santerre, t. V, n° 115 *bis*, VI).

23. — 4° Faut-il en conclure que, si les deux choses ont péri chez le débiteur par cas fortuit, la perte doit être supportée par le créancier; de sorte qu'il n'en serait pas moins tenu de payer le prix, quoique ni l'une ni l'autre des choses ne puisse plus lui être livrée?

Primus a vendu à Secundus, moyennant le prix de 100 000 francs, sa maison A ou sa maison B.

Avant toute délivrance, les deux maisons périssent *vi divina*, dans un incendie allumé par la foudre.

Et voilà, par conséquent, le vendeur libéré de son obligation de livrer l'une d'elles à l'acheteur (art. 1193, 1194, 1302; *infra*, n° 70).

Mais l'acheteur, lui, est-il libéré de son obligation de payer le prix de 100 000 francs au vendeur?

Oui! répond Mourlon; et la perte doit être supportée par le vendeur (*Répét. écrit.*, t. II, p. 548-550; comp. Larombière, t. III, art. 1193-1194, n° 2).

Mais comment donc? et pourquoi?

Il semble, au contraire, tout d'abord, d'évidence que c'est *non* qu'il faut répondre, et que la perte doit être supportée par l'acheteur.

Voulez-vous, en effet, décider la question des risques par la maxime : *res perit domino?*

L'acheteur était propriétaire, sous une alternative, il est vrai, de l'une ou de l'autre chose; mais enfin sous cette alternative, il était propriétaire; donc, c'est pour lui que les choses ont dû périr.

Voulez-vous, au contraire, bien plus juridiquement, suivant nous, décider la question des risques par la maxime : *debitor rei certæ fortuito interitu rei liberatur?*

Le vendeur était débiteur, sous une alternative, il est vra ,de l'une ou de l'autre chose, de la maison A ou de la maison B, c'est-à-dire d'un corps certain; mais enfin, sous cette alternative, il était débiteur d'un corps certain; donc, il est libéré de son obligation de livrer la chose, sans que le vendeur soit libéré de son obligation de payer le prix! (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 422.)

Mourlon nie pourtant cette conséquence.

Et sa négation est d'autant plus notable que :

D'une part, le savant auteur décide la question des risques par la question de propriété, en vertu de la maxime : *res perit domino;*

Et que, d'autre part, il décide que l'obligation alternative est translative de propriété.

Mais, encore une fois, comment donc alors la perte fortuite des deux choses ne sera-t-elle pas supportée par l'acheteur?

C'est que, d'après Mourlon, la propriété qui est transférée au créancier par une obligation alternative, est seulement une propriété conditionnelle; si l'acheteur de deux choses vendues sous une alternative, dit-il, est propriétaire de chacune d'elles, c'est sous une condition suspensive;

Or, dans les contrats conditionnels, la chose qui fait l'objet du contrat, est aux risques et périls du débiteur (art. 1182);

Donc, les risques des choses vendues sous une alternative sont à la charge du vendeur (*Répét. écrit.*, *loc. supra cit.*).

Mais le vice de cette argumentation est, suivant nous, manifeste !

C'est l'assimilation ou plutôt la confusion, tout à fait inexacte, de l'obligation alternative avec l'obligation conditionnelle !

Non ! ces deux obligations ne sauraient être confondues ; et quoique l'obligation alternative emprunte à l'obligation conditionnelle quelques-uns de ses effets, en ce qui concerne la rétroactivité du choix, qui est fait de l'une des choses, par la partie à laquelle ce choix appartient, elle n'en constitue pas moins une obligation distincte de l'obligation conditionnelle, et sur l'existence de laquelle évidemment il n'existe aucune incertitude. (Comp. *infra*, n° 34.)

Rien ne prouve mieux l'inexactitude de l'assimilation, dans laquelle Mourlon a entrepris de confondre ces deux obligations, que le résultat auquel il est venu, en décidant que la perte fortuite des choses, dans l'obligation alternative, doit être supportée *par le vendeur !*

Car ce résultat, qui est contraire aux principes, ne l'est pas moins aux traditions du passé.

En droit romain, le jurisconsulte Paul réfutait cette doctrine dans un fragment si plein de netteté et d'élégance, que nous ne résistons pas au désir de le citer.

« Si emptio ita facta fuerit : *est mihi emptus Stichus aut Pamphylus,* in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus ; sed, uno mortuo, qui superest, dandus est; et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur ; unus enim utique periculo venditoris vixit.... » (L. 34, § 6, ff. *De contrah. empt.*)

Ainsi, celle des deux choses, qui périt la première, périt pour le vendeur, qui est tenu de livrer la chose, qui reste... *prioris periculum ad venditorem respicit.*

Mais la chose, qui périt la dernière, périt pour l'ache-

teur, qui est tenu de payer le prix..., *posterioris ad emptorem.*

Paul, supposant enfin la perte simultanée des deux choses, décide fort logiquement encore que le prix sera dû par l'acheteur.... *pretium debebitur.*

Et sa raison est excellente !

C'est, dit-il, parce que, tant qu'elles existaient toutes les deux, l'une d'elles au moins, quoique l'on ne sût pas laquelle, existait, en effet, aux risques de l'acheteur.... *unus enim utique periculo emptoris vixit.*

Telle est encore, à notre avis, la vraie doctrine. (Comp. art. 1195; *infra*, nos 34 et 72; Duranton, t. XI, nos 150-151; Colmet de Santerre, t. V, n° 115 *bis*, IV; Larombière, t. II, art. 1189, n° 11.)

24. — Après avoir exposé les caractères de l'obligation alternative, il nous sera facile de faire ressortir les différences, qui la distinguent de quelques autres obligations, avec lesquelles elle peut avoir certains rapports de ressemblance.

Et d'abord, on ne saurait confondre l'obligation alternative avec l'obligation conjonctive.

L'obligation, dite conjonctive, est celle, par laquelle le débiteur est tenu de livrer à la fois plusieurs choses, en vertu d'un seul et même titre et pour un seul et même prix.

Je m'oblige, par un seul acte, à vous livrer, pour un seul prix, mon pré et mon bois.

Ce n'est pas là une obligation *simple* sans doute ; elle est *composée* comme l'obligation *alternative*, puisqu'elle comprend aussi plusieurs choses.

Mais rien ne saurait être plus différent que les manières dont les choses sont comprises dans les deux obligations : dans la première seulement, l'une *ou* l'autre ; et dans la seconde, au contraire, l'une *et* l'autre.

Voilà en quel sens Ulpien disait que, dans l'obligation conjonctive, il y a autant de stipulations que de choses :

« At si quis *illud et illud* stipulatus sit, tot sunt stipulationes quot corpora. » (L. 29, ff. *De verbor. obligat.*);

En ce sens que chacune des choses, qu'elle comprend, forme elle-même spécialement l'objet de l'obligation.

25. — Ce qui suppose que chacune des choses qu'elle comprend, y est, en effet, spécialement désignée.... *per expressam dinumerationem* (comp. *supra*, n° 6).

Il en serait autrement, si l'obligation, quoique s'appliquant à plusieurs objets, les comprenait en masse, comme un être collectif unique, dans une seule dénomination générique.

Je vous vends pour tel prix mon domaine.... ou je vous vends pour tel prix ma bibliothèque.

C'est là une obligation simple, bien que mon domaine comprenne un bois, un pré et une maison; ou que ma bibliothèque comprenne beaucoup de livres.

« ... Si res non fuerint expressæ (stipulationi), dit encore Ulpien, una est stipulatio.... » (L. 29 et 86, *loc. supra cit.;* comp. Toullier, t. III, n° 688.)

26. — Du caractère que nous venons de reconnaître à l'obligation conjonctive, résultent les conséquences suivantes, qui la différencient profondément de l'obligation alternative :

1° La nature de l'obligation n'est pas, un seul instant, incertaine.

Et si, par exemple, des deux choses, qui y sont comprises, l'une est meuble et l'autre immeuble, l'obligation est, de suite, mobilière pour l'une et immobilière pour l'autre.

2° Le créancier peut demander à la fois l'une *et* l'autre chose.

3° Le débiteur doit aussi, suivant nous, payer à la fois l'une et l'autre; et il ne serait pas fondé à offrir l'une d'elles seulement; car ce serait là un payement partiel, que le créancier serait fondé à refuser (art. 1244; *voy.* toutefois *infra*, n° 27);

4° Enfin, la même indivisibilité, qui exige l'unité dans l'exécution, exige également l'unité dans les conséquences de l'inexécution, en ce qui concerne la condition résolutoire, l'action en garantie, les dommages-intérêts.

27. — Ces dernières déductions, toutefois, ne sont pas unanimement reconnues.

Et les dissidences, qui se sont élevées, proviennent de ce que le vrai caractère de l'obligation conjonctive n'est pas lui-même reconnu unanimement.

C'est ainsi que Zachariæ et MM. Aubry et Rau définissent l'obligation conjonctive celle par laquelle le débiteur est, en vertu d'un seul et même titre, tenu à la fois *de plusieurs prestations indépendantes les unes des autres* (t. III, p. 31).

Toullier, qui admet aussi l'indépendance des prestations réunies dans l'obligation conjonctive, en déduit précisément la conséquence contraire à celle que nous venons de proposer.

« Par exemple, dit-il, je promets de vous donner mon cheval, mon bœuf et cent francs.... C'est comme si l'on avait dit : je promets de vous donner mon cheval; je promets de vous donner mon bœuf, etc...; je puis donc diviser le payement de ces quatre choses, contraindre le créancier à recevoir l'une d'elles avant les autres, ou le mettre en demeure de la recevoir, quoique régulièrement le débiteur ne puisse pas forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette, même divisible. » (T. III, n° 686.)

Eh bien, non! vous ne pouvez pas diviser le payement de ces quatre choses; car c'est précisément le caractère de cette espèce d'obligation de réunir les choses, auxquelles elle s'applique, dans une *unité* de conjonction, qui en produit l'*indivisibilité!*

28. — Oh! sans doute, vous pourriez payer séparément chacune de ces choses, si vous aviez promis chacune d'elles pour des prix distincts, quoique dans un

seul et même acte : le cheval, pour mille francs; le bœuf, pour cinq cents francs, etc.

Telle est, en effet, l'hypothèse, que supposent nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, lorsqu'ils décident que les prestations comprises dans une obligation conjonctive sont indépendantes les unes des autres (*loc. supra cit.*, note 1).

Mais alors il n'y aurait plus une seule obligation conjonctive, comprenant plusieurs choses; il y aurait plusieurs obligations simples, dont chacune comprendrait une seule chose;

Tout comme si chacune de ces choses promises, dans le même acte, pour des prix distincts, avait été promise, pour des prix distincts, dans des actes différents!

Nous avions donc raison d'annoncer que ces dissidences sur les effets de l'obligation conjonctive proviennent de ce que son caractère n'a pas été assez nettement défini.

En demeurant donc dans notre hypothèse d'une obligation conjonctive bien caractérisée, nous maintenons que cette obligation est une et indivisible, quant à l'exécution et quant aux conséquences de l'inexécution.

Aussi, pensons-nous, avec M. Larombière (t. II, art. 1189, n° 5), que s'il a été vendu deux fonds par le même contrat, et pour un seul prix, avec désignation de la mesure de chacun, et qu'il se trouve moins de contenance en l'un et plus en l'autre, on doit faire compensation entre les deux jusqu'à due concurrence; et que l'action, soit en supplément, soit en diminution de prix, doit avoir lieu suivant les règles déterminées par l'article 1623.

Tandis que si l'on reconnaissait, au contraire, qu'il y a autant de ventes distinctes que de fonds, on ne pourrait établir, entre l'un et l'autre, aucune compensation de contenance ou de valeur.

29. — Voilà, suivant nous, la règle générale, celle

qui résulte du vrai caractère de l'obligation conjonctive.

Nous ne voulons, d'ailleurs, pas dire que cette règle soit absolue!

Comme elle dérive de l'interprétation de la volonté des parties, telle que la formule de leur convention la révèle, il est clair qu'elle est susceptible de modifications, s'il apparaît une volonté contraire.

C'est ainsi que la faculté, pour le débiteur, d'offrir le payement partiel ou séparé de chacune des choses comprises dans l'obligation, comme aussi la faculté pour le créancier de l'exiger, pourrait résulter des termes de la convention et des circonstances du fait, soit de la nature différente et de la variété des choses promises, soit de la diversité des époques et des lieux où le payement devrait en être fait.

30. — Il est encore une obligation composée qui offre, avec l'obligation alternative, beaucoup plus de ressemblance que l'obligation conjonctive, et dont il est, dès lors, d'autant plus nécessaire de la bien distinguer.

Nous voulons parler de l'obligation qui a conservé, dans la doctrine, le nom que Delvincourt, le premier, lui donna, d'obligation *facultative* (t. II, p. 131).

Je m'oblige à vous livrer ma maison, en me réservant, toutefois, la faculté de me libérer, en vous livrant mon navire.

Voilà l'obligation facultative.

Si on était toujours en présence d'une formule aussi précise, il serait facile de discerner la différence élémentaire qui la sépare de l'obligation alternative.

Il est clair, en effet, que cette obligation ne porte que sur ma maison, qui seule est due principalement, ou plutôt uniquement.

Elle ne porte pas sur mon navire, qui n'est pas dû, même subsidiairement, et qui n'est pour moi qu'un moyen de me libérer, en payant *aliud pro alio*.

Telle est donc la différence essentielle entre ces deux obligations, que, dans l'obligation alternative, les deux choses sont *in obligatione;* tandis que, dans l'obligation facultative, l'une des deux choses seulement est *in obligatione;* l'autre n'étant, comme on l'a bien dit, que *in facultate solutionis.*

31. — De là, les conséquences suivantes :

1° La nature de l'obligation facultative n'est, à aucun moment, incertaine; elle est, de suite, déterminée par la nature même de la chose qui en est l'unique objet;

Sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la nature de la chose qui pourrait être donnée en payement.

C'est ainsi que mon obligation de vous livrer un immeuble, ma maison, est immobilière; quoique j'aie la faculté de vous donner en payement, un meuble, mon navire (comp. notre *Traité de la Distinction des biens, etc.*, t. I, n° 351);

De même que l'obligation serait mobilière, dans le cas inverse, si j'étais obligé à vous payer une certaine somme, avec faculté pour moi, de vous donner en payement un immeuble (comp. Cass., 8 nov. 1815, Sirey, 1816, I, 137; Merlin, *Quest de droit,* v° *Donation,* § II; Toullier, t. III, n° 699; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 73).

2° Le créancier ne peut comprendre dans sa demande que la chose, qui fait l'objet de l'obligation; et il ne peut conclure à la délivrance de la chose, qui est, pour le débiteur, *in facultate solutionis.*

3° Si la chose, qui seule est due, ne peut pas être l'objet de l'obligation, cette obligation est nulle; lors même que la chose, qui est *in facultate solutionis,* aurait pu, elle, en être l'objet.

4° Enfin, la perte par cas fortuit de la chose qui seule est *in obligatione,* libère le débiteur, sans que la conservation de la chose, qui était *in facultate solutionis,* la perpétue, puisque l'obligation étant éteinte, il n'y a plus rien à payer. (Comp. *supra,* n°s 9 et suiv.)

32. — Voilà la différence théorique, qui distingue l'obligation alternative d'avec l'obligation facultative.

Théoriquement, en effet, cette différence est si tranchée qu'il est impossible de s'y méprendre.

Mais, en pratique, la distinction pourra n'être pas toujours aussi facile.

Et il importe que les parties s'expliquent clairement, lorsque deux choses figurent dans leur convention, sur le rôle qu'elles entendent leur assigner; car les formules que l'on emploie à cet effet, sont parfois équivoques et ne font pas suffisamment ressortir la nuance qui sépare l'obligation alternative d'avec l'obligation facultative.

« *Si mieux n'aime le débiteur payer telle chose....* ou *avec faculté de payer telle chose,* » ce sont là d'ordinaire les expressions, par lesquelles on caractérise cette espèce d'obligation.

Et Delvincourt (t. II, p. 131, note 1) a raison de dire que l'un des moyens les meilleurs pour reconnaître si l'obligation est alternative ou facultative, est de rechercher, d'après la formule employée, si le créancier doit demander l'une ou l'autre chose, ou s'il ne doit demander qu'une seule chose. Dans le premier cas, en effet, l'obligation sera alternative; et elle sera facultative, dans le second cas.

Au reste, c'est dans les dispositions à titre gratuit, et surtout dans les testaments, que se rencontrent les obligations alternatives, plutôt que dans les contrats (comp. L. 9, princ. ff. *De opt. vel elect. legata*).

Pourtant, nous en trouvons deux exemples dans notre Code :

L'un, au titre des Successions (art. 891; comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 458);

L'autre, au titre de la Vente. (Art. 1681.)

33. — Une différence, analogue à celle que nous venons de signaler entre l'obligation alternative et l'obli-

gation facultative, distingue aussi l'obligation alternative de l'obligation avec clause pénale.

Dans celle-ci, en effet, comme dans l'obligation facultative, l'obligation n'a pas pour objet simultanément les deux prestations, qui y sont mentionnées.

L'une d'elles seulement est l'objet principal ou plutôt l'unique objet de l'obligation;

Et si l'autre en est aussi l'objet, ce n'est que subsidiairement et, en quelque sorte, conditionnellement, *pour assurer l'exécution* de la convention (art. 1227.)

Ce n'est pas d'ailleurs ici le lieu d'insister sur cette espèce d'obligation, dont les rédacteurs de notre Code se sont occupés, dans une section spéciale, à laquelle nous allons bientôt arriver (comp. *supra*, n° 11).

34. — Qu'il importe aussi de ne pas confondre l'obligation alternative avec l'obligation conditionnelle, cela n'est pas moins évident!

Qu'est-ce que l'obligation conditionnelle?

C'est celle dont l'existence dépend d'un événement futur et incertain. (Art. 1168.)

Or, l'existence de l'obligation alternative n'est nullement incertaine; elle est actuelle!

Il est vrai que, jusqu'au payement, il y a incertitude sur celle des choses, qui en deviendra seule définitivement l'objet.

Mais cette incertitude n'affecte pas l'obligation dans son existence; elle ne concerne que l'exécution; et on ne saurait y apercevoir le caractère de la condition proprement dite. L'exécution de l'obligation, en effet, n'est pas subordonnée non plus à un événement incertain; elle est, au contraire, parfaitement assurée par l'action en payement, qui appartient au créancier!

L'incertitude sur la chose, qui sera l'objet de l'obligation, est bien plus grande encore dans les obligations de genre que dans les obligations alternatives.

Et, si ce motif rendait l'obligation alternative condi-

tionnelle, il rendrait, *a fortiori*, conditionnelles toutes les obligations de genre.

Mais qui voudrait soutenir une thèse pareille!

Évidemment donc, l'obligation alternative est pure et simple.

Cette déduction très-évidente, en effet, est fort importante.

C'est ainsi qu'il faut se garder d'appliquer à l'obligation alternative, la disposition que l'article 1182 applique à l'obligation conditionnelle sur les risques de la chose.

L'obligation est-elle conditionnelle?

La chose périt pour le débiteur, d'après l'article 1182.

L'obligation est-elle alternative?

Les choses périssent pour le créancier, d'après l'article 1138.

C'est pour avoir commis cette confusion entre l'obligation alternative et l'obligation conditionnelle, que Mourlon applique, tout à fait inexactement, suivant nous, l'article 1182 à l'une comme à l'autre! (comp. *supra*, n° 23.)

Pareillement, si on suppose un legs alternatif, il faut décider que la mort du légataire, avant que le choix ait été fait entre les deux choses léguées, ne rendra pas le legs caduc; comme il le serait dans le cas d'un legs conditionnel, si le légataire mourait avant l'accomplissement de la condition.

Il est vrai que, dans l'ancien droit romain, le *legs d'option* était réputé fait sous la condition que le légataire choisirait lui-même l'objet légué. (Art. 1040-1041; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 309.)

Mais Justinien décida que la faculté du choix serait transmissible à l'héritier du légataire. (Inst. *de legat.*, § 23.)

Et cela est, dans notre droit, très-certain.

35. — J'ai promis de vous livrer une chose incertaine, à prendre parmi plusieurs choses certaines.... *incertum ex certis,* l'un des chevaux, par exemple, de mon écurie.

Quel est le caractère de cette promesse?

Dumoulin y voyait une obligation de genre.... *generis subalterni,* plutôt qu'une obligation alternative (Part. II, nos 129 et 156).

Pourquoi ?

Par une raison qui nous ramène, pour conclure, au caractère distinctif de l'obligation alternative, à savoir : parce que cette obligation n'implique pas un dénombrement des choses, entre lesquelles l'alternative est posée (*supra,* n° 8).

Et c'est ce qui fait que l'obligation *unius ex certis* va devenir elle-même alternative, si on suppose qu'elle est ainsi conçue : *je promets de vous livrer l'un des deux chevaux blancs de mon écurie.*

Si délicate que la nuance puisse paraître, nous croyons qu'elle est exacte, et que cette distinction représente la notion scientifique de ces deux sortes d'obligations.

II.

Des effets de l'obligation alternative.

SOMMAIRE.

du choix à faire? — La même question peut s'élever, dans le cas où l'obligation alternative a été contractée conjointement, dans le principe, soit par plusieurs débiteurs, soit au profit de plusieurs créanciers.

43. — *a*. Du cas où le choix appartient à plusieurs débiteurs conjoints ou à plusieurs héritiers d'un débiteur unique décédé.

44. — *b*. Du cas où le choix appartient à plusieurs créanciers.

45. — Suite.

46. — Suite.

47. — Suite.

48. — De quelle manière et par quel acte celle des parties, à qui le choix appartient, peut-elle manifester sa volonté de l'exercer?

49. — Suite.

50. — Suite.

51. — Celui des contractants, auquel le choix appartient, peut-il varier dans le choix, qu'il a fait, et se raviser?

52. — Suite.

53. — Suite. — Exposition.

54. — 1° Que faudra-t-il décider, si le débiteur d'une obligation alternative comprenant deux choses, a payé l'une d'elles, croyant la devoir seule déterminément?

55. — Suite.

56. — Suite.

57. — 2° Que faut-il décider, si, au contraire, le débiteur a payé les deux choses, croyant qu'il les devait toutes les deux conjonctivement?

58. — Suite.

59. — Suite.

60. — Quel est l'effet du choix une fois consommé? — Il est irrévocable

61. — *Quid*, pourtant, si celle des choses, qui a été choisie et livrée, était atteinte d'un vice rédhibitoire?

62. — Suite.

63. — Le choix, une fois consommé, a un effet rétroactif. — Explication.

64. — Le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une des choses et une partie de l'autre.

65. — Le créancier, dans le cas où le choix lui appartient, ne peut pas non plus forcer le débiteur à payer une partie de l'une des choses et une partie de l'autre.

66. — Suite.

67. — Suite.

68. — Suite.

69. — B. De la théorie des risques dans l'obligation alternative.—Transition.

70. — Du cas où les deux choses sont péries sans la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure.

71. — Du cas où les deux choses ont été détériorées sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

72. — Suite.

73. — Du cas où la perte de l'une des choses ou des deux choses a eu lieu par la faute du débiteur, ou par son fait, ou depuis sa demeure. — Il faut distinguer deux hypothèses :
74. — *a*. La première hypothèse est celle où le choix appartient au débiteur. — Observation.
75. — L'une des choses seulement a péri.
76. — Suite.
77. — Suite.
78. — Suite.
79. — Suite.
80. — Les deux choses ont péri, successivement, l'une après l'autre.
81. — Suite.
82. — Suite.
83. — Suite.
84. — Suite.
85. — Suite.
86. — *b*. La seconde hypothèse est celle où le choix appartient au créancier. — L'une des choses seulement est périe.
87. — Les deux choses sont péries. — Observation.
88. — Suite.
89. — Le Code n'a prévu que le cas où les deux choses ont péri, successivement, l'une après l'autre, par la faute du débiteur. — *Quid*, du cas où les deux choses ont péri, en même temps, dans un événement commun, sans qu'il soit possible de déterminer laquelle a péri la dernière ?
90. — Suite.
91. — Il faut assimiler à la faute du débiteur son fait ou sa demeure.
92. — Suite.
93. — Les articles 1193 et 1194 règlent seulement le cas ou les choses ont péri totalement par la taute du débiteur. — Que faut-il décider dans le cas où la perte causée par la faute du débiteur, est seulement partielle ?
94. — Du cas où le choix appartient au débitenr.
95. — Du cas où le choix appartient au créancier.
96. — Que faut-il décider, dans le cas où la perte, soit totale, soit partielle, de l'une des choses, est imputable au créancier ?
97. — Suite.
98. — Suite.

56. — Les effets de l'obligation alternative sont principalement relatifs à ces deux points, que notre Code a réglés ; savoir :

A. — Au choix de la chose à payer ;

B. — Aux risques.

57. — A. D'après l'article 1190 :

« Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier. »

C'est la conséquence de l'article 1162, qui porte que : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. » (Comp. L. 34, § 6; L. 25, ff. *de Contrah. empt.*; le tome II de ce *Traité*, n° 23.)

38. — Mais la convention des parties est libre; et elle peut déférer le choix au créancier.

Seulement, comme c'est là une exception à la règle, notre texte exige qu'elle soit *expresse*.

D'où il ne résulte pas, sans doute, qu'il y ait, à cet égard, aucune formule sacramentelle.

Ce qui est nécessaire et ce qui suffit, c'est que *le doute* n'existe pas sur l'intention que les parties ont eue d'accorder le choix au créancier.

Il est dit, par exemple, dans la convention, que le créancier *prendra* ou *pourra prendre* celle des choses qui qui lui conviendra.... ou même *qu'il pourra prendre* l'une des choses.

Comment nier que le choix lui soit accordé!

La clause, en effet, ne dit pas qu'il *recevra;* elle dit qu'il *prendra;* or, pour qu'il prenne, il faut nécessairement qu'il choisisse; d'où il suit, ajoute fort bien Duranton (t. XI, n° 137), que chacune des choses est alors non-seulement *in obligatione,* mais aussi *in petitione.*

Mais il n'en serait plus de même, si la clause portait seulement que le créancier *pourra demander, exiger, se faire délivrer* l'une des choses; car elle n'exprime alors finalement que le droit d'action qui appartient au créancier; or, ce droit n'est pas incompatible avec le choix qui appartient au débiteur.

Tout ceci d'ailleurs, sous la réserve des expressions qui pourraient se trouver dans l'acte et des circonstances particulières du fait, comme aussi des usages, s'il y en avait, d'après lesquels le choix, dans certaines obligations alternatives, appartiendrait au créancier (art. 1160).

39. — Celle des parties, le débiteur ou le créancier,

à qui le choix appartient, ne saurait s'en faire un moyen pour empêcher ou retarder, au préjudice de l'autre partie, l'exécution de l'obligation.

Le choix est au débiteur; et voilà le créancier qui lui demande de délivrer l'une ou l'autre chose.

Mais le débiteur refuse de s'expliquer et de choisir!

Que ce refus ne puisse point paralyser le droit du créancier, cela est d'évidence!

Mais comment en avoir raison?

Dira-t-on que l'obligation alternative, en tant qu'il s'agit du choix à exercer entre les deux prestations qu'elle a pour objet, constitue une obligation de faire, et qu'elle se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution, de la part du débiteur, aux termes de l'article 1142?

Non pas!

D'abord, si les deux prestations, ou même si l'une des prestations auxquelles l'obligation s'applique, sont des corps certains, ce n'est pas seulement une action personnelle, qui appartient au créancier, c'est une action réelle! (*supra*, n° 19); et le débiteur n'est pas tenu seulement d'une obligation de *faire;* il est tenu d'une obligation de *donner*, que sa résistance ne saurait dénaturer! (Art. 1136; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 400.)

Le créancier sera donc fondé à demander soit que les juges lui défèrent le choix, soit qu'ils l'exercent eux-mêmes, au lieu et place du débiteur.

Il en sera de même, s'il s'agit d'obligations de faire qui soient susceptibles d'être exécutées par un tiers autre que le débiteur lui-même. (Comp. art. 1144.)

Il faut bien, en effet, que le droit du créancier soit maintenu!

Et le débiteur ne saurait se plaindre de ce que le choix, qui lui appartenait, a été exercé par le créancier ou par les juges, puisque c'est lui-même qui a refusé de l'exercer!

40. — Le débiteur ne serait pas davantage recevable

à retarder le payement de l'obligation alternative, par le motif que celle des deux choses sur laquelle il veut porter son choix, ne serait pas actuellement à sa disposition et en demandant un délai pour se la procurer.

Du moins, appartient-il aux juges de décider, en fait, suivant les circonstances, si ce délai doit ou non lui être accordé (art. 1244).

Et dans le cas où ils croiraient devoir le lui refuser, ils pourraient le condamner, si le créancier y concluait, à lui délivrer immédiatement celle des deux choses, qui serait seule en sa possession; c'est sa faute de n'être pas mis en mesure d'exercer son choix.

Aussi, le débiteur ne pourrait-il pas offrir au créancier le prix de la chose, qu'il n'a pas, au lieu et place de cette chose.

L'opinion contraire, que Dumoulin a exprimée (Part. II, n° 155), qui nous aurait paru, en tout temps, contraire aux principes, serait en outre, aujourd'hui, contraire au texte même de l'article 1193. (Comp. Larombière, t. II, art. 119, n° 6.)

41. — Ce que nous venons de dire du cas où le choix appartient au débiteur, est également vrai du cas où le choix appartient au créancier.

Et si, en effet, le créancier refusait lui-même d'exercer le choix, sur la demande du débiteur qui voudrait se libérer, les juges pourraient également soit déférer le choix au débiteur, soit l'exercer eux-mêmes au lieu et place du créancier (comp. *infra*, n° 44).

42. — La faculté de choisir n'est pas personnelle à la partie, à laquelle elle appartient.

Elle se transmet (lorsque, bien entendu, elle n'a pas été encore exercée) à ses héritiers ou ayant cause (comp. *supra*, n° 34).

Mais alors une question délicate peut s'élever.

Qu'arrivera-t-il, en effet, si le débiteur ou le créancier auquel le choix appartient, a laissé plusieurs héri-

tiers, et que ceux-ci ne puissent pas s'entendre sur l'exercice du choix à faire?

Cette question peut s'élever aussi dans le cas où l'obligation alternative a été contractée conjointement dans le principe, soit par plusieurs débiteurs, soit au profit de plusieurs créanciers.

La difficulté vient de ce que tous les débiteurs ensemble doivent offrir la même chose.

Comme pareillement, c'est la même chose que tous les créanciers ensemble doivent demander.

C'est-à-dire que l'exercice du choix est nécessairement indivisible, lors même qu'il devrait être fait entre deux choses divisibles (art. 1191; comp. *infra*, n° 564).

Eh bien donc, comment sortir de cet embarras?

43. — *a.* Supposons d'abord que le choix appartient à plusieurs débiteurs conjoints ou à plusieurs héritiers d'un débiteur unique décédé.

Ils ne s'entendent pas, soit que les uns ou les autres ne veuillent pas du tout exercer le choix, soit que, étant tous d'accord pour l'exercer, ils ne s'accordent pas sur la chose à choisir.

Il paraît, d'après le témoignage de Dumoulin, que cette question avait jeté les anciens docteurs dans de grandes perplexités (Part. II, n° 171).

Pourtant, elle est, suivant nous, très-simple; et nous venons de la résoudre, dans l'hypothèse toute semblable, où le débiteur unique, à qui le choix appartient, refuse de l'exercer.

C'est alors, avons-nous dit, le pouvoir des juges d'exercer eux-mêmes le choix ou de le déférer au créancier (*supra*, n° 39).

Les deux hypothèses sont, en effet, tout à fait semblables.

Et il faut décider, dans celle-ci comme dans l'autre, que les juges pourront, après avoir fixé, s'il y a lieu, un délai aux débiteurs pour s'entendre sur l'exercice de leur

option, transférer cette option au créancier ou l'exercer eux-mêmes, au lieu et place du débiteur.

Telle est aussi la solution de Dumoulin, qui ajoute cette double observation :

1° Que le créancier auquel le choix est déféré par le juge, au lieu et place des débiteurs, doit l'exercer, loyalement, et comme le juge lui-même l'exercerait;

2° Que ni le créancier, ni le juge (s'il exerce lui-même ce choix), ne doit pas nécessairement l'exercer d'après l'avis de la majorité des débiteurs; avis, qui pourrait être le résultat d'une sorte de complot soit contre le créancier, soit contre l'un des débiteurs dissidents. (*Loc. supra cit.*, n° 172.)

Cette seconde observation est d'une évidente justesse, plus évidente peut-être que la première; car on ne voit pas, en général, pourquoi l'option que le juge transfère au créancier de l'une ou de l'autre des choses, qui forment l'objet de l'obligation, ne pourrait pas être exercée librement par lui.

44. — *b.* Et maintenant, le choix appartient-il à plusieurs créanciers, qui ne peuvent s'accorder sur la manière de l'exercer?

La solution est bien simple encore, dans les rapports de ces créanciers envers le débiteur.

Il est évident que, par leur désaccord, les créanciers se mettent eux-mêmes en échec devant lui, puisqu'ils ne peuvent tous ensemble demander qu'une seule et même chose, et qu'ils ne s'entendent pas pour déterminer laquelle!

Aussi longtemps donc que ce désaccord durera, ils seront dans l'impossibilité d'agir contre le débiteur; et l'action individuelle, qui l'exposerait à payer à celui-ci une partie de l'une des choses, et à celui-là une partie de l'autre, serait certainement irrecevable.

Le débiteur n'a dès lors, en cet état, qu'à rester dans une attitude expectante;

A moins qu'il ne lui convienne mieux, à lui-même, de se libérer.

Auquel cas, il peut, en faisant aux créanciers des offres réelles, les mettre en demeure de se prononcer; d'où résulterait, pour les juges, comme nous venons de le dire, le pouvoir soit de déférer au débiteur le choix entre les deux choses offertes, soit de l'exercer eux-mêmes au lieu et place des créanciers (comp. *supra*, n° 41).

45. — Ce qui est plus délicat, c'est de savoir de quelle manière pourra être vidé ce désaccord des créanciers, dans leurs rapports les uns avec les autres.

La question les intéresse certes beaucoup :

Non-seulement, parce qu'ils demeurent en échec devant le débiteur, sans pouvoir exercer leur droit, tant que ce désaccord subsiste (*supra*, n° 44);

Mais encore, parce qu'il se peut que l'attribution de la propriété à l'un d'eux, à l'exclusion des autres, dépende du choix qui sera fait!

Paul est créancier, à son choix, d'un immeuble ou d'une somme de cent mille francs.

Et il meurt, en cet état, léguant à Primus ses immeubles, et à Secundus ses meubles.

La créance profitera donc à Primus, si c'est l'immeuble qui est choisi.

Et c'est, au contraire, à Secundus qu'elle profitera, si le choix porte sur la somme d'argent.

On comprend que, tout naturellement, ils sont divisés sur le choix à faire!

Comment sortir de cette impasse?

Que le sort en décide! a-t-on répondu.

Telle était, en effet, la décision du droit romain :

« .... *Fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte hoc esse dirimendum....* » (*Inst. de Legat.*, § 23.)

Toullier a proposé de l'admettre aussi dans notre droit, puisqu'il n'y a pas alors, dit-il, de raison

pour donner le choix à l'un plutôt qu'à l'autre (t. III, nº 699).

Que les légataires puissent convenir, entre eux, de s'en remettre au jugement du sort, cela est évident (art. 1134).

Mais ce qui nous paraît impossible, c'est qu'un pareil jugement leur soit imposé, contre leur gré, soit à tous les deux, soit à l'un d'eux sur la demande de l'autre!

Non-seulement aucun texte n'autoriserait chez nous, dit fort bien M. Larombière, *cette juridiction du hasard* (t. III, p. 524);

Mais tous les principes, et les notions les plus élémentaires de la justice humaine y résistent! Est-ce que jamais un juge appelé à prononcer sur les prétentions contraires des parties, peut se décider autrement qu'en connaissance de cause, d'après les lumières de son esprit et les inspirations de sa conscience!

Il est vrai que, dans les partages, c'est le sort qui détermine les attributions de lots (art. 834).

Oui! mais les lots sont composés, sinon par les juges, du moins sous leur surveillance, d'après les règles d'égalité que la loi elle-même a tracées; de manière que le sort n'est alors employé que comme un moyen de plus égale répartition; et encore avons-nous vu les objections graves que ce moyen soulève encore, même dans cette limite;

Tandis qu'il aurait ici le caractère d'une véritable loterie, dont le résultat serait de donner tout à l'un et rien à l'autre!

46. — C'est précisément afin d'éviter ce résultat, que Duranton propose de partager l'émolument du droit entre les deux légataires.

Est-ce l'immeuble qui est choisi?

Le légataire des meubles en aura la moitié.

Et le légataire des immeubles aura la moitié de la somme d'argent, si le choix porte sur cette somme (t. XI, nº 157).

Rien de mieux, dirons-nous encore, si les deux légataires s'entendent pour faire, d'accord, ce partage à titre de transaction ou d'arrangement amiable.

Mais ce qui nous paraît aussi impossible, c'est que cet arrangement leur soit imposé, contrairement à la volonté du testateur, qui a laissé tous ses meubles à l'un, et tous ses immeubles à l'autre, et dès lors, contrairement au droit réciproque de chacun d'eux, d'en réclamer la complète exécution !

47. — Ce sont donc là finalement des *expédients* inadmissibles.

Et nous arrivons ainsi à cette conclusion que c'est encore, dans ce cas comme dans les autres, aux juges qu'il appartient de décider, en fait, d'après les circonstances de chaque espèce, laquelle des deux choses devra être choisie, et lequel des deux légataires, en conséquence, profitera seul du choix, à l'exclusion de l'autre.

Les parties, en effet, en saisissant la justice pour qu'elle ait à prononcer sur leur désaccord, lui défèrent elles-mêmes le pouvoir d'exercer, en leur lieu et place, ce choix qu'elles se reconnaissent impuissantes à exercer;

Or, la justice ne peut, ainsi que nous venons de le dire, prononcer qu'en connaissance de cause, afin de rendre exactement à chacun le sien : *suum cuique tribuere;*

Donc, les juges saisis, en une telle occurrence, par les deux légataires, doivent faire le choix, qui serait fait, selon les vraisemblances et les probabilités, par un créancier unique, auquel ce choix appartiendrait.

Et nous pouvons, à ce propos, citer la règle que Pothier appliquait à une circonstance, sinon toute semblable, mais du moins analogue :

« Ce choix, disait-il, intéressant différemment les différents héritiers, ne doit pas se faire suivant l'intérêt particulier ni de l'un ni de l'autre des héritiers, mais suivant l'intérêt général de la succession.... Il faut donc,

pour ce choix, entrer dans l'examen du *quid utilius;* c'est-à-dire qu'il faut examiner non l'intérêt particulier de l'un ou de l'autre des héritiers, mais l'intérêt général de la succession.... » (*De la Communauté*, n° 580.)

Telle est aussi, dans notre hypothèse, la solution qu nous paraît la plus juridique (comp. Larombière, t. III, art. 119, n° 10; Colmet de Santerre, t. V, n° 118 *bis*).

48. — De quelle manière et par quel acte celle des parties à qui le choix appartient, peut-elle manifester sa volonté de l'exercer, ou plutôt en manifester l'exercice?

Le choix appartient-il au débiteur?

C'est par la délivrance de l'une des choses, ou par des offres réelles, en cas de refus du créancier de la recevoir.

Par la délivrance, disons-nous, ou par des offres réelles ; et non autrement!

Voilà le débiteur, qui, sous prétexte que le choix lui appartient, fait périr ou altère l'une des choses.

C'est un abus!

L'obligation que la convention, c'est-à-dire le consentement mutuel des parties, a faite alternative, ne saurait ensuite devenir pure et simple par la seule volonté de l'une d'elles.

Elle ne peut devenir telle que par un acte, pour ainsi dire, *contradictoire,* dans lequel encore figurera le consentement mutuel des parties.

La destruction ou l'altération de l'une des choses, ce n'est donc pas un choix, dans les rapports du débiteur avec le créancier; c'est un acte contraire à l'obligation, et qui la dénature, au lieu de l'exécuter! (Comp. art. 1193, 1194; *infra*, n° 82.)

49. — Si le choix appartient au créancier, c'est tout simple!

Le choix alors se manifeste par la demande formée contre le débiteur, de l'une des choses comprises dans l'obligation.

50. — Nous disons, du débiteur comme du créan-

cier, que son choix se manifeste, soit par la délivrance ou les offres, soit par la demande *de l'une des choses comprises dans l'obligation;* et nous supposons, ce qui est, en effet, le plus ordinaire, que la délivrance ou la demande s'applique à l'une des choses dans son intégralité.

En serait-il de même, si le débiteur avait délivré, ou si le créancier avait demandé seulement une partie de l'une des choses?

Je vous devais la maison A ou 20 000 fr.

Et je vous ai délivré 5000 fr, que vous avez reçus?

Le choix est-il fait de la somme, au lieu de la maison?

Assurément oui!

Car le débiteur ne pouvant pas forcer le créancier de l'une de ces choses à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre (art. 1191), le payement d'une partie restreint nécessairement son obligation à l'autre partie de cette même chose! (Comp. *infra*, n° 64.)

Dumoulin pourtant exprime le sentiment contraire; il pense que le débiteur peut varier, et offrir ensuite l'autre chose, en réclamant la partie de celle, qu'il a d'abord livrée; de même que le créancier, à qui le choix appartient, ne doit pas être censé non plus l'avoir épuisé, en recevant une partie seulement de l'une des choses.

Le débiteur, dit-il, qui a payé une partie de l'une des choses, peut se trouver plus tard dans l'impossibilité de payer l'autre partie ou avoir intérêt à payer l'autre chose.

Et quant au créancier à qui le choix appartient, rien ne prouve qu'en recevant une partie de l'une des choses, que le débiteur lui offrait, il ait entendu consommer son choix; le temps lui a manqué peut-être pour délibérer; et en tout cas, il se peut qu'il n'ait reçu la partie offerte qu'à titre de garantie... *ad majorem securitatem.* (Part. II, n° 128.)

Mais de tels motifs sont inadmissibles, du moins en thèse générale; et il faudrait, pour qu'il en fût autrement,

que l'intention, tout exceptionnelle, que Dumoulin prête aux parties, fût, en effet, prouvée !

Car, il nous paraît, au contraire, d'évidence, que l'offre ou la demande d'une partie de l'une des choses doit emporter la consommation définitive du choix.

51. — Celui des contractants, auquel le choix appartient (le débiteur ou le créancier), peut-il varier dans le choix qu'il a fait, et se raviser?

Certainement non! quand le choix, qu'il a fait, est devenu irrévocable; car l'autre contractant ne saurait demeurer indéfiniment à la merci de ses irrésolutions ou de ses caprices.

Mais quand est-ce que le choix est devenu irrévocable?

C'est lorsqu'il a été accepté volontairement ou judiciairement par l'autre partie.

On ne se lie pas, en effet, soi-même; et la manifestation unilatérale de la volonté soit du débiteur, soit du créancier, si c'est à lui que le choix appartient, ne saurait changer leur situation respective.

Il faut donc que leurs deux volontés concourent, pour former une convention obligatoire de part et d'autre.

Est-ce le débiteur, qui a offert l'une des choses ?

Il pourra retirer son offre, tant qu'elle n'aura pas été acceptée. (Arg. des art. 1261, 1262.)

Et de même, la demande que le créancier aurait faite de l'une des choses, pourra être changée par lui, tant que le débiteur n'y aura pas acquiescé (arg. de l'art. 1211; comp. Toullier, t. III, n° 692, note ; Larombière, t. III, art. 1190, n° 3).

52. — Ajoutons, d'ailleurs, que cette irrévocabilité du choix une fois consommé, ne doit s'entendre que du cas où il s'agit d'une prestation unique, de laquelle le débiteur se libère en une seule fois, qui ne donne lieu, en conséquence, qu'une seule fois, à l'exercice de son droit d'option.

Il en serait autrement, si l'obligation avait pour objet des prestations successives et périodiques.

« Dans les rentes ou pensions annuelles et alternatives, dit Pothier, comme s'il était dû une rente de trente livres ou d'un muid de blé par chacun an, le débiteur peut choisir, chaque année, l'une des deux choses; quoiqu'il ait payé, la première année, la somme d'argent, il peut opter, la seconde année, pour le muid de blé » (n° 243).

C'est que, dans ce cas, chaque annuité constitue, en quelque sorte, une créance nouvelle, dans laquelle se reproduit aussi, pour le débiteur, une faculté nouvelle d'option.

Telle paraît devoir être, en effet, généralement, l'interprétation de ces sortes de clauses, à moins qu'il ne résulte des termes employés par les parties ou des circonstances du fait, qu'il a été entendu que le choix fait pour la première annuité, serait la règle pour toutes les autres (comp. L. 21, § 6, ff. *de Act. empt.;* Toullier, t. III, n° 693; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 464; Larombière, t. III, art. 1190, n° 8; Colmet de Santerre, t. V, n° 124 *bis*, IV; *voy.* toutefois Duranton, t. XI, n° 141).

53. — Quand nous disons que le choix, une fois exercé, est irrévocable, nous entendons parler d'un choix exercé en connaissance de cause, qui constitue, en effet, une véritable *option*, de la part de la partie à laquelle il appartenait.

Mais de là peuvent naître deux questions.

Que faut-il décider :

1° Si le débiteur d'une obligation alternative, comprenant deux choses, a payé l'une d'elles, croyant qu'il la devait seule déterminément?

2° S'il a, au contraire, payé les deux choses, croyant qu'il les devait toutes les deux conjonctivement?

54. — 1° Paul, mon auteur, étant mort, un testament est produit par lequel il vous lègue sa maison.

Et je vous en fais la délivrance.

Mais ensuite, on découvre un second testament, qui

modifie le premier, et par lequel il vous lègue, sous une alternative, sa maison ou une somme de 100 000 fr. à mon choix.

Puis-je vous contraindre à me restituer la maison, en offrant de vous payer la somme de 100 000 fr. ?

Cette question avait divisé les deux écoles des jurisconsultes romains.

Non ! répondaient les Proculéiens.

La *condictio indebiti* ne peut être admise, qu'autant que la chose, qui a été payée, n'était pas due ;

Or, les deux choses, auxquelles l'obligation alternative s'applique, sont dues toutes les deux également;

Donc, celle qui a été payée, était due ; et le payement n'ayant pas été fait sans cause, ne saurait être sujet à répétition (comp. Celse, L. 19, ff. *de Legat.*, 2°).

A quoi les Sabiniens répondaient que la *condictio indebiti* est admise, non-seulement lorsqu'une personne a payé ce qu'elle ne devait pas du tout, mais encore lorsqu'elle a payé plus qu'elle ne devait effectivement;

Or, celui-là a payé plus qu'il ne devait, non pas, il est vrai, *re, quantitate* ou *loco,* mais du moins *causa,* qui a payé une chose qu'il croyait devoir déterminément, tandis qu'il ne la devait qu'alternativement.

Ils ajoutaient que cette action, qui est fondée sur une raison d'équité, doit certainement venir en aide à celui qui n'a fait un tel payement que par erreur ; est-ce que, en effet, on peut induire d'une volonté qui se trompe, l'abandon d'un droit? et ne serait-il pas deux fois injuste que l'erreur innocente du débiteur, dit Pothier (n° 255), lui fût préjudiciable, et profitât au créancier? (Comp. Julien, L. 26, § 13, ff. *de Condict. indeb.*)

Ces arguments sont décisifs; et nous concluons que le débiteur peut, en ce cas, exercer la répétition (comp. Dumoulin, Part. II, art. 135; Pothier, *loc. supra;* Taulier, t. III, n° 692; Larombière, t. III, art. 1190, n° 5; Colmet de Santerre, t. V, n° 24 *bis*, III).

55. — Nos anciens, toutefois, apportaient à cette solution un tempérament, qu'il faut admettre encore aujourd'hui; à savoir : que l'action en répétition du débiteur ne devrait être admise qu'autant qu'elle ne causerait aucun préjudice au créancier, qui aurait reçu de bonne foi la chose comme si elle lui était due seule purement et simplement.

C'est que, en effet, comme nous venons de le dire, cette action est fondée sur une raison d'équité : *ex bono et æquo introducta est* (L. 66, ff. *de Condict. indeb.*); aussi n'est-elle accordée que jusqu'à concurrence du profit que le payement a procuré à celui, qui l'a reçu; et s'il ne serait pas juste que l'erreur du débiteur lui fût dommageable, il le serait encore moins qu'elle fût dommageable au créancier.

Si donc, par exemple, le créancier avait vendu la chose que le débiteur lui a livrée, l'action en répétition devrait être refusée à celui-ci; ou du moins ne lui devrait-elle être accordée que jusqu'à concurrence de la somme, qui, dans le prix de la vente, excéderait la valeur de l'autre chose, qu'il avait le droit de livrer. (Comp. *les citations, supra*, n° 54.)

56. — Ce que nous venons de dire du débiteur, il faudrait le dire également du créancier, qui, croyant que l'une des choses lui était due seule déterminément, l'aurait, en effet, par erreur, demandée seule.

Il pourrait donc demander l'autre chose, en offrant au débiteur de lui restituer celle qu'il aurait reçue.

Lui opposera-t-on qu'il a renoncé à la faculté d'option, qui lui appartenait ?

Mais la renonciation suppose la volonté!

Et quoi de plus contraire à l'exercice d'un choix que l'erreur! (Comp. *supra*, n° 48; Larombière, t. II, art. 1190, n° 5.)

57. — 2° Mais voici, au contraire, que le débiteur a été trompé par une expédition de l'acte, où il était écrit

que l'obligation comprenait telle *et* telle chose, au lieu de telle *ou* telle chose.

Et croyant qu'il devait, en effet, conjonctivement les deux choses, qu'il ne devait qu'alternativement, il les a payées toutes les deux.

Qu'il ait le droit de répéter l'une d'elles, ce n'est pas là ce qui peut faire question; car il y en a une certainement qui n'était pas due.

Mais laquelle?

En d'autres termes, à qui, du débiteur ou du créancier, appartient le choix de la chose qu'il faut rendre?

Sur ce point encore, les jurisconsultes romains ne s'étaient pas accordés;

I. Les uns permettaient au créancier de retenir la chose, qu'il préférait, parce qu'il était devenu, disaient-ils, débiteur à son tour, et que, en conséquence, le choix lui appartenait. (Arg. de l'art. 1190.)

II. D'après les autres, on devait distinguer si le payement avait eu lieu des deux choses, en même temps, *uno momento*, ou, au contraire, de l'une d'abord, et de l'autre ensuite, *diversis temporibus;* et tandis que, dans le premier cas, *utroque simul soluto,* ils accordaient au créancier le choix de la chose à rendre, ils pensaient que dans le second cas, la chose à rendre était celle, qui avait eté payée la dernière, parce qu'elle avait cessé d'être due par le payement déjà fait de l'autre chose (comp. L. 26, § 13, ff. *de Condict. indeb.*).

III. Enfin, d'après une troisième opinion que Justinien consacra, voulant mettre un terme à ces dissidences, le débiteur avait, dans tous les cas, le droit d'exercer la répétition de l'une des deux choses à son choix.... *ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit.* (L. 13, Cod., *de Condict. indeb.*)

Cette opinion, certainement, suivant nous, la plus juridique, doit être encore admise aujourd'hui :

Quel est, en effet, le droit du débiteur, qui, par erreur,

a payé l'une *et* l'autre chose, quand il ne devait que l'une *ou* l'autre?

C'est d'être relevé de son erreur et d'obtenir la réparation du préjudice, qu'elle lui a causé; c'est d'être remis, par une sorte de *restitutio in integrum,* au même état que s'il n'avait fait aucun payement; or, s'il n'avait fait aucun payement, il pourrait, à son choix, payer au créancier l'une ou l'autre chose; donc, il doit pouvoir faire *après*, ce qu'il aurait pu faire *avant*, puisqu'il est restitué contre ce payement! (Comp. Pothier, n° 257; Toullier, t. III, n° 692.)

58. — Le motif même, sur lequel nous venons de fonder cette doctrine, va résoudre facilement une question, qui peut résulter encore de l'hypothèse que nous examinons.

Le débiteur donc ayant payé l'une *et* l'autre chose, tandis qu'il ne devait que l'une *ou* l'autre, s'adresse au créancier pour exercer la répétition de l'une d'elles.

Mais, depuis le payement, l'une des choses a péri par cas fortuit; et il n'y en a plus qu'une chez le créancier!

Pour qui la perte?

Évidemment pour le débiteur.

Que venons-nous, en effet, de dire?

Que son action en répétition a pour but de le remettre au même état que s'il n'avait fait aucun payement;

Or, s'il n'avait fait aucun payement, il serait obligé de payer celle des deux choses, qui reste;

D'où Julien déduisait, fort justement, cette conclusion :

« *Id remanebit in soluto quod superest....* » (L. 32, princ. ff. *de Condict. indeb.*; Pothier, n° 257.)

59. — A plus forte raison, le débiteur ne pourrait-il rien répéter, si les deux choses payées par lui, avaient péri par cas fortuit, chez le créancier :

« *Si, postea quam utrumque solverit, aut* UTERQUE *aut alter ex his desiit in rerum natura esse....* » (L. 32, *supra cit.*)

60. — Quel est l'effet du choix une fois consommé?

Il est irrévocable.

Il est rétroactif.

Irrévocable, en ce sens que la partie, à laquelle il appartenait, ne peut plus se repentir ni varier, lors même qu'elle reconnaîtrait que la chose qu'elle a choisie, est moins bonne que l'autre.

Il serait trop tard! (*Supra,* n° 51.)

61. — Supposons pourtant ceci :

Je vous devais deux choses sous une alternative, mon cheval blanc ou mon cheval noir, et à votre choix.

Vous me demandez le cheval blanc; et je vous le délivre.

Voilà donc votre choix consommé.

Mais ce cheval était atteint d'un vice rédhibitoire!

Pouvez-vous me forcer de le reprendre, et de vous livrer le cheval noir?

Oui! répond Toullier, qui trouve dans ce vice, une cause légitime, pour le créancier, de revenir sur son choix (t. III, n° 692).

Non! répond M. Larombière, qui ne reconnaît au créancier d'autre droit que celui d'invoquer les articles 1644 et 1645, c'est-à-dire de rendre la chose, qu'il a reçue, et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire restituer une partie du prix, avec ou sans dommages-intérêts, suivant que le débiteur aura connu ou ignoré les vices de la chose (t. III, art. 1190, n° 7).

Nous croyons que la doctrine de M. Larombière est la plus juridique, ou que, tout au moins, la doctrine de Toullier ne doit être admise qu'avec une distinction :

Ou le debiteur était de bonne foi et ne connaissait pas le vice dont l'une des choses était atteinte;

Ou il était de mauvaise foi; et il connaissait ce vice.

Dans le premier cas, notre avis est qu'il faut accorder seulement au créancier le droit d'invoquer l'article 1644.

En principe, la chose qui est atteinte d'un vice rédhibitoire, n'en peut pas moins être l'objet d'une obligation; et, par conséquent, l'obligation alternative ne s'en forme pas moins, lors même que l'une des choses, qui y sont comprises, est atteinte de l'un de ces vices (arg. de l'article 1192).

Or, si l'obligation alternative s'est formée, elle doit produire ses effets, pour l'une des choses comme pour l'autre.

Et de même que le choix de la chose qui est exempte du vice rédhibitoire, serait irrévocable et devrait faire considérer cette chose rétroactivement comme ayant été seule, dès l'origine, l'objet de l'obligation;

De même la chose, qui est atteinte de ce vice, doit être aussi considérée rétroactivement comme en ayant été seule l'objet.

Était-elle comprise dans l'obligation?

Assurément oui !

Or, si elle était comprise dans l'obligation, elle pouvait être choisie.

Et si elle pouvait être choisie, le choix, qui en a été fait, doit produire l'effet, qu'il produit dans toute obligation alternative.

Donc, le seul droit du créancier est d'agir relativement au vice rédhibitoire, dont la chose choisie est atteinte, comme si cette chose avait été l'objet unique de l'obligation.

Cette déduction nous paraît résulter logiquement de ce double effet que le choix produit, à savoir : de son irrévocabilité et de sa rétroactivité.

L'argument, que Toullier déduit d'une loi romaine (9, § I, ff. *de Opt. legat.*), ne saurait l'infirmer; car cette loi ne renferme qu'une interprétation, en fait, de la volonté du testateur.

62. — Il en serait autrement, si le débiteur était de mauvaise foi et connaissait le vice rédhibitoire, dont l'une

des choses était atteinte, surtout dans le cas où le choix lui appartenant, il aurait choisi cette chose.

C'est la seconde partie de notre distinction.

Le créancier aurait, en effet, alors contre lui, une action en dommages-intérêts, à raison même de la connaissance qu'il avait des vices de la chose; et son droit serait d'obtenir la réparation du préjudice qu'il en éprouverait.

Or la réparation la plus exacte serait d'autoriser le créancier à demander la chose, qui est exempte de vices, en rendant celle, qui en est atteinte, et que le débiteur déloyal lui avait livrée.

63.— Le choix, avons-nous dit enfin, est rétroactif; et celle des choses, qui a été choisie, est réputée avoir été seule dès le principe l'objet de l'obligation, comme par l'effet d'une condition accomplie (art. 1179), à l'exclusion de l'autre chose qui, libérée désormais, est, au contraire, réputée n'y avoir jamais été comprise (comp. Dumoulin, Part. II, n° 120).

Cette rétroactivité est très-importante; car elle est applicable, non-seulement entre les parties, mais encore à l'égard des tiers.

Et voilà comment, si l'obligation alternative comprenait deux immeubles, l'aliénation que le débiteur aurait faite de l'un d'eux, avant que l'obligation eût été éteinte par la délivrance de l'autre, autoriserait le créancier à agir en revendication contre le tiers acquéreur.

Nous avons déjà présenté cette solution, en la fondant sur d'autres motifs. (*Supra*, n° 19.)

Mais nous pouvons la fonder encore sur celui-ci.

64. — Aux termes de l'article 1191 :

« Le débiteur peut se libérer, en délivrant l'une des deux choses promises; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre. »

Cette disposition est la conséquence du caractère qui

distingue l'obligation alternative; et, au point où nous en sommes, elle est par avance expliquée (art. 1189, 1190; comp. *supra*, n° 50).

L'obligation alternative, en effet, a pour objet l'une ou l'autre des choses intégralement, auxquelles elle s'applique, mais non pas des parties quelconques, égales ou inégales, de chacune d'elles.

Ce serait donc la dénaturer profondément que de prétendre l'exécuter de la sorte!

65. — Aussi, faut-il appliquer au créancier, lorsque le choix lui appartient, ce que l'article 1191 applique au débiteur, dans la supposition du cas le plus ordinaire, en effet, où c'est à lui, que le choix appartient.

Le créancier, à qui le choix a été déféré par la convention, ne pourrait donc pas forcer non plus le débiteur à lui livrer une partie de l'une des choses et une partie de l'autre (comp. Pothier, n° 247).

66. — Rien de plus simple d'ailleurs que l'application de la règle posée par l'article 1191, lorsqu'il n'existe qu'un seul débiteur et un seul créancier.

Cette règle n'est alors elle-même qu'une conséquence du droit commun : soit de l'article 1220, d'après lequel l'obligation, qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible; soit de l'article 1244, d'après lequel le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette, même divisible.

67. — Mais elle peut faire naître des difficultés, lorsqu'il existe plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers.

Nous avons exposé déjà ces difficultés, suivant que le choix appartient au débiteur ou qu'il appartient au créancier.

Et nous ne pouvons que nous référer aux développements que nous avons fournis (art. 1190; *supra*, n°s 42 et suiv.).

68. — Il convient toutefois d'en déduire un avertis-

sement pour les parties engagées dans une obligation alternative.

Est-ce le débiteur, qui se trouve en présence de plusieurs créanciers ou de plusieurs héritiers du créancier décédé, auxquels le choix appartient?

Qu'il se garde, tant qu'aucun choix n'a été fait régulièrement par tous les créanciers ensemble, de payer à l'un d'eux, qui formerait contre lui une demande individuelle, l'une des choses ou une partie de l'une des choses ; car le choix fait par un seul ne serait pas opposable aux autres, dans le cas où ceux-ci s'entendraient pour choisir l'autre chose ; et le débiteur s'exposerait ainsi a être forcé, contrairement à l'article 1191, de payer une partie de l'une des choses et une partie de l'autre.

Comme, pareillement, si c'est le créancier qui se trouve en présence de plusieurs débiteurs ou de plusieurs héritiers du débiteur décédé, à qui le choix appartient, il doit se garder, tant que tous les débiteurs ensemble ne se sont pas régulièrement entendus sur le choix, de recevoir de l'un d'eux, individuellement, sa part dans l'une des choses; car le choix fait par un seul ne serait pas non plus opposable aux autres, dans le cas où ceux-ci s'entendraient pour choisir l'autre chose; et il serait exposé à recevoir partie de l'une et partie de l'autre.

Ce résultat serait en effet inévitable, dans l'un comme dans l'autre cas, si les deux choses comprises dans l'obligation alternative étaient divisibles.

Que si les deux choses étaient indivisibles, ou même seulement l'une d'elles, le débiteur, qui aurait fait un payement à l'un des créanciers, de même que le créancier, qui aurait reçu un payement de l'un des débiteurs, avant que le choix eût été régulièrement exercé, pourrait demander soit que tous les créanciers, y compris celui qui aurait déjà reçu, ou que tous les débiteurs, y compris celui qui aurait déjà payé, s'entendissent sur le choix à faire, afin de savoir contre qui et par qui pourra

être exercée l'action en répétition de ce qui aura été payé en trop, si le payement a eu lieu soit de la chose indivisible et d'une partie de la chose divisible, soit, *a fortiori*, des deux choses indivisibles! Autrement, il arriverait que le débiteur aurait payé plus qu'il ne devait, et que le créancier aurait reçu plus qu'il ne lui était dû! (Comp. Larombière, art. 1191, n°s 9 et 11.)

69. — B. Nous avons maintenant à examiner la question des risques, appliquée à l'obligation alternative (*supra*, n° 36; comp. le t. I de ce *Traité*, n° 419).

Notre Code s'en occupe dans les articles 1193, 1194 et 1195.

70. — Écartons de suite l'article 1195, qui règle l'hypothèse la plus simple :

« Si les deux choses sont péries sans la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302. »

Cette hypothèse, en effet, très-simple, ne peut que donner lieu à l'application du droit commun, sans que le caractère alternatif de l'obligation soit de nature à y apporter le moindre changement.

De même, donc que le débiteur d'une seule chose (certaine et déterminée) est libéré par la perte fortuite de cette chose, de même le débiteur de deux choses alternativement dues, est libéré par la perte fortuite de ces deux choses (art. 1302).

Et il n'y a pas à distinguer si les deux choses ont péri l'une et l'autre ensemble, ou séparément l'une après l'autre; ni auquel des deux, du débiteur ou du créancier, le choix appartenait.

71. — La même règle, d'ailleurs, qui gouverne la perte totale, gouverne la perte partielle ou les détériorations qui peuvent survenir, par cas fortuit, soit aux deux choses à la fois, soit seulement à l'une d'elles.

C'est-à-dire que l'article 1245 est applicable aux obligations alternatives, aussi bien que l'article 1302.

Car c'est le même principe qui sert de base à ces deux textes.

Si donc les deux choses ont été détériorées également, au même degré, la détérioration sera certainement pour le compte du créancier.

72.— Mais les deux choses ont été détériorées inégalement, à des degrés différents, l'une beaucoup plus que l'autre?

Ou même l'une d'elles seulement a été détériorée, et point l'autre?

Est-ce que le débiteur, si le choix lui appartient, pourra choisir, pour la livrer au créancier, la chose détériorée?

Pourquoi pas?

« Le choix accordé au débiteur, dans l'obligation alternative (dit fort justement notre honoré collègue, M. Labbé), lui procure l'avantage de se libérer, *en payant celle des choses convenues qui*, *au jour du payement, a le moins de valeur.* » (*De la perte de la chose due dans l'obligation alternative*, nos 41 et 54.)

Cette chose, en effet, quoique détériorée, existe encore; sa substance n'est pas détruite (nous le supposons); et elle n'a pas cessé d'être comprise dans l'obligation alternative; laquelle subsiste, par conséquent, avec tous ses effets;

Or, aux termes de l'article 1190, le débiteur à qui le choix appartient, peut offrir l'une ou l'autre chose.

Et la chose qu'il offre, et que le créancier est tenu de recevoir, est réputée, dès l'origine, avoir été seule l'objet de l'obligation.

D'où il suit qu'elle a été, en effet, dès l'origine, aux risques du créancier (comp. *supra*, nos 19 et 23; Larombière, t. III, art. 1193-1194, n° 11).

73. — Mais venons à l'hypothèse plus délicate, où le caractère particulier de l'obligation alternative peut exercer de l'influence sur la question des risques.

C'est l'hypothèse où la perte de l'une des choses ou des

deux choses a eu lieu par la faute du débiteur (ou par son fait, article 1245, ou depuis sa demeure, article 1302).

Il faut distinguer :

Ou le choix appartient au débiteur;

Ou le choix appartient au créancier.

Le premier cas est réglé par l'article 1193;

Le second, par l'article 1194.

74. — *a.* L'article 1193 est ainsi conçu :

« L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place.

« Si toutes deux sont péries, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière. »

Nous disons que cet article règle le cas où le choix appartient au débiteur; cela est certain, quoiqu'il ne le dise pas expressément; mais la preuve en résulte de l'article 1194, qui règle *le cas prévu par l'article précédent, lorsque le choix avait été déféré, par la convention, au créancier :* ce qui prouve que, dans le cas prévu par l'article précédent, le choix appartenait au débiteur.

75. — Eh bien ! donc, dans ce premier cas, l'article 1193, supposant d'abord que l'une des choses a péri et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur, décide que :

« ... L'obligation devient pure et simple, et que le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place. »

Il ne faudrait pas prendre à la lettre cette formule de notre texte, que l'*obligation devient pure et simple.*

Nous allons voir qu'à l'entendre dans un sens absolu, il en résulterait des conséquences inadmissibles et contraires à l'article 1193 lui-même (*infra*, n° 82).

Aussi, le législateur ne l'emploie-t-il que dans un sens relatif, et seulement pour justifier la conséquence qu'il

en tire, que le prix de la chose, qui est périe, ne peut pas être offert à sa place.

La disposition, d'ailleurs, est très-nette, et ne saurait donner lieu à aucune difficulté d'application.

Ce qu'elle décide, en effet, très-nettement, c'est que, par la perte de l'une des choses, le débiteur se trouve privé du choix qui lui appartenait, et de l'avantage que ce choix pouvait lui offrir.

Il devait, sous une alternative, deux choses de valeur inégale : l'une, par exemple, de trois mille francs; l'autre, de deux mille francs, ou moins encore. « ... *Si longe fuit vilior...* » (L. 95, § 1, ff. *de Solutionibus.*)

La chose, qui ne vaut que deux mille francs, vient à périr, avant qu'il ait exercé son choix.

Il faudra qu'il paye la chose qui vaut trois mille francs.

Cela est, disons-nous, certain textuellement.

76. — Mais cela est-il juridique?

Cela est-il équitable?

Cette question est la seule qui puisse être soulevée; mais celle-ci, du moins, peut l'être! aussi, a-t-elle été agitée parmi les auteurs.

Il y a un cas, toutefois, où la décision de notre texte est incontestablement conforme aux règles du droit et de l'équité, et a été, en effet, de tout temps admise.

Nous voulons parler du cas où c'est par la faute du débiteur que l'une des choses a péri.

Que le prix de cette chose ne puisse pas être alors offert à sa place, c'est-à-dire que le débiteur perde l'avantage du choix qu'il avait, rien de mieux, à tous les points de vue!

Car s'il perd l'avantage du choix, c'est par sa faute; *Sibi imputare debet!* Il n'a pas pu dépendre de lui de changer l'objet de son obligation et de substituer un prix à l'une des choses qu'il était obligé de livrer en nature au créancier.

Voilà ce que disait excellemment Papinien. (Comp. L. 95, ff. *de Solutionibus*.)

77. — Ne pourrait-on pas même aller jusqu'à prétendre que le créancier, lui! peut demander le prix de la chose, que le débiteur a fait périr par sa faute, s'il y a intérêt, comme si la chose que le débiteur a fait périr, avait une valeur plus grande que la chose qui reste?

Oh non!

Nous sommes, en effet, dans l'hypothèse, où le choix appartient au débiteur. (*Supra*, n° 74.)

Or, à supposer que la chose, que le débiteur a fait périr par sa faute, existât encore, il n'en pourrait pas moins délivrer au créancier la chose qui reste;

Donc, cette perte n'a causé aucun dommage à celui-ci et n'a nullement changé la situation respective des parties.

78. — Mais, au contraire, la disposition du premier alinéa de l'article 1193 ne paraît pas exempte de critique, dans le cas où c'est et sans le fait du débiteur que l'une des choses a péri.

Est-ce que, en effet, le débiteur ne pourrait pas prétendre alors qu'il est entièrement libéré et que l'obligation est éteinte par cette perte fortuite de l'une des choses ?

J'avais le choix, dirait-il, entre l'une ou l'autre.

Or, c'est précisément celle qui a péri, que j'avais l'intention de choisir (ce qui pourrait n'être pas, en effet, invraisemblable, si cette chose était d'une valeur évidemment moindre que celle qui reste); et il ne se peut pas que cette faculté de choisir entre les deux choses, qui m'était accordée comme un avantage, tourne, au contraire, à mon détriment et profite en définitive au créancier!

Mais si spécieux que cet argument puisse paraître, il n'a jamais été admis; et il était bien impossible de l'admettre.

Le choix, qui appartient au débiteur, doit être, en effet, exercé loyalement.

Or, il ne peut l'être ainsi, lorsque l'une des choses ayant péri, il n'en reste plus qu'une !

La situation alors n'est plus entière; et ce n'est même pas assez de dire que le choix ne serait pas fait dans les conditions de bonne foi, qu'il exige ; la vérité est que le choix est devenu impossible, et que dès qu'il n'a pas été fait de l'une ou de l'autre des choses en nature, *avant* que l'une d'elles ait péri, il ne peut plus être fait *après!* (Comp. Pothier, n° 250.)

79. — Eh bien, soit!

Le débiteur n'est pas libéré.

Mais pourquoi ne peut-il pas offrir le prix de la chose, qui a péri?

Et comment justifier la privation, qu'on lui inflige, de l'avantage du choix qui lui appartenait, en le forçant de livrer la chose qui reste, et qui vaut beaucoup plus peut-être que le prix de la chose qui a péri?

Voilà une question qui peut paraître plus délicate; aussi a-t-elle excité des dissidences; et les textes romains ne semblent pas être, en effet, sur ce point, dans une concordance parfaite.

Plusieurs jurisconsultes, parmi les plus autorisés dans l'ancien droit, exprimaient la solution que l'article 1193 a consacrée, à savoir : que le choix est perdu pour le débiteur, qui ne peut pas offrir le prix de la chose qui a péri.

Dumoulin déduit cette solution d'un fragment de Papinien (L. 95, § 1, ff. *de Solut.*), et d'un fragment d'Ulpien (L. 47, § 3, ff. *de Legat.* 1°; ajout. Paul, L. 33 et 34, § 6, ff. *de Contrah. empt.*).

Et elle lui paraît d'ailleurs conforme à l'intention des parties :

« Quia electio, ipso jure data, vel expresse reservata debitori, *intelligitur quamdiu vera et efficax electio fieri potest, secundum naturam veræ electionis....* » (Part. II, n° 149.)

Pothier, qui est aussi de ce sentiment, en fournit un motif puisé dans le caractère de l'obligation alternative :

« Lorsque plusieurs choses sont dues sous une alternative, dit-il, l'extinction de l'une desdites choses n'éteint point l'obligation ; car toutes étant dues, l'obligation subsiste dans celle qui reste.... La chose, qui est périe, n'existant plus, n'est plus due ; celle, qui reste, est la seule qui reste due, et, par conséquent, la seule qui puisse être payée.... » (N° 250.)

Telle est, également, l'interprétation, que l'un de nos savants romanistes a donnée du texte de Papinien :

« Si l'un des deux objets a péri, l'autre reste seul dû et peut seul être demandé.... Le débiteur ne peut pas offrir l'estimation (de la chose qui a péri), s'il la juge inférieure à la valeur de la chose qui subsiste. » (Pellat, *Textes choisis*, p. 191.)

Mais l'interprétation contraire a toujours eu aussi, dans l'ancien droit et dans le droit nouveau, des partisans considérables ; et tout récemment, l'un des maîtres les plus distingués de l'École de Paris a entrepris de la défendre. (Labbé, *Étude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, n°s 41-48).

Ulpien, dans le fragment 47 (*de Legat.*, I), sur lequel on a fondé l'autre doctrine, suppose cette espèce :

Un héritier doit à un légataire, sous une alternative, deux esclaves, à son choix, Stichus *ou* Pamphylus.

L'un des esclaves s'enfuit, sans qu'aucune faute soit imputable à l'héritier.

Quelle est la décision du jurisconsulte ?

«.... Dicendum erit præsentem præstari *aut absentis æstimationem....* »

L'héritier peut, à son choix, délivrer au légataire l'esclave présent ou le prix de l'esclave absent.

Cela est clair !

Aussi, Dumoulin est-il forcé de reconnaître que, dans ce cas, l'héritier conserve l'avantage du choix :

«.... Quia ob dictam fugam sine culpâ hæredis contingentem, non debet hæres privari suâ electione.... » (*Loc. supra cit.*, nº 150.)

Mais si l'un des esclaves, au lieu de s'enfuir, est mort sans qu'aucune faute soit non plus imputable à l'héritier?

Ulpien répond :

«.... Et si alter decesserit, alterum omnino præstandum, *fortassis* vel mortui pretium.... »

D'où Dumoulin et Pothier concluent que la règle est que l'héritier ne peut pas offrir le prix de l'esclave mort; si ce n'est *peut-être*, *fortassis*, par exception, dans le cas où il paraîtrait, par les circonstances, que telle a été la volonté du testateur.

Mais n'est-ce pas une inconséquence? et par quel motif de droit ou de raison l'héritier, qui pourrait offrir le prix de l'esclave qui est en fuite, ne pourrait-il pas offrir le prix de l'esclave qui est mort?

Dans les deux cas, le principe est le même; à savoir : que le débiteur ne doit pas être privé de l'avantage du choix par un événement, dont il n'est pas responsable.

Or, la mort de l'esclave, dès qu'elle a eu lieu sans la faute de l'héritier, est, tout autant que sa fuite, un cas fortuit, dont il ne saurait être responsable.

Aussi, Cujas n'y faisait-il aucune différence :

« Quod si electio fuerit promissoris,... *mortuo altero*, is qui superest peti et solvi potest. An solus debetur? an durat electio promissori, ut liberetur præstando æstimationem mortui, qui longe fuit vilior? *et verissimum est integram esse electionem promissoris ut vel pretium mortui præstet, si sine culpa ejus mortuus sit.* » (Papiniani, *Lib. XXVIII*, *Quæst.*)

Tels sont les éléments de cette thèse, dont la conclusion la plus vraisemblable historiquement, est que les jurisconsultes romains s'y étaient divisés, et que tandis que Paul refusait au débiteur la faculté de payer le prix

de la chose périe, Ulpien et Papinien, au contraire, la lui accordaient.

Cette conclusion est aussi celle de notre savant collègue, M. Labbé, qui paraît toutefois prendre parti pour la doctrine d'Ulpien et de Papinien.

Nous aimons mieux nous ranger à la doctrine que Paul enseignait; et à notre avis, la disposition du premier alinéa de l'article 1193 est la seule, qui soit conforme au vrai caractère de l'obligation alternative.

80. — Le second alinéa de l'article 1193 prévoit le cas où *les deux choses sont péries*.

Et il dispose que, si le débiteur est en faute *à l'égard de l'une d'elles*, il doit le prix de celle qui a péri *la dernière*.

La solution législative est, dirons-nous encore, très-nette; et elle ne saurait donner lieu à aucune difficulté d'application (comp. *supra*, n° 75).

81. — Mais ce qu'il convient d'examiner, c'est si cette solution est juridique et équitable (*supra*, n° 76).

Elle l'est certainement, dans le cas où l'une des choses ayant d'abord péri par cas fortuit, c'est la dernière, qui a péri ensuite par la faute du débiteur; parce que l'obligation était devenue pure et simple par la perte fortuite de la première chose (art. 1302; comp. *supra*, n° 13).

82. — Si, au contraire, c'est à l'égard de la chose, qui a péri la première, que le débiteur est en faute, ne pourrait-on pas soutenir, contrairement à la décision de notre texte, qu'il devrait être libéré par la perte fortuite de la dernière?

1° En effet, d'après le premier alinéa de l'article 1193, *l'obligation devient pure et simple*, si l'une des choses périt et ne peut plus être livrée, *même par la faute du débiteur;* or, l'obligation, devenue pure et simple, s'est spécialisée sur l'autre chose, qui a été seule due dès lors déterminément; donc, la perte fortuite de cette chose a éteint l'obligation, aux termes de l'article 1302.

2° On ajouterait que le débiteur, puisqu'il avait le choix, a pu, sans commettre une faute, détruire l'une des choses ; — qu'il n'a fait qu'user du droit d'option qui lui appartenait, en déterminant l'obligation sur l'autre chose ; — et qu'ayant usé de son droit, il ne saurait être responsable d'un cas fortuit ultérieur.

Aussi, Delvincourt avait-il admis cette conclusion :

« Je pense, d'après cela, disait-il, que le dernier alinéa de l'article 1193 doit être entendu seulement du cas où le débiteur est en faute à l'égard des deux choses, ou à l'égard de celle qui a péri la dernière. » (T. II, p. 130, note 2.)

Mais, outre que le texte est formel en sens contraire, la réponse aux objections, qui précèdent, est bien facile :

1° Non ! le débiteur n'use pas de son droit d'option, lorsqu'il détruit l'une des choses, avant d'avoir exécuté l'obligation, par la délivrance de l'une ou de l'autre.

Son droit ! c'est de choisir, au moment de la délivrance, entre l'une ou l'autre chose; et, pour être régulier, le choix doit être contemporain de l'exécution de l'obligation ; car c'est dans l'exécution même de l'obligation qu'il consiste ! (Comp. art. 1189, 1191 ; *supra*, n° 48.)

Autrement, il dépendrait du débiteur de dénaturer, au détriment du créancier, le caractère de son obligation.

L'un des avantages, en effet, pour le créancier, de l'obligation alternative, qui comprend deux choses, c'est que les chances d'extinction par la perte fortuite de l'objet dû, y sont moindres que dans l'obligation pure et simple, qui ne comprend qu'une seule chose.

Et il est clair que le débiteur, qui détruit par sa faute, l'une des choses, nuirait au créancier, s'il pouvait ainsi transformer l'obligation alternative, en une obligation pure et simple, qui s'éteindrait désormais par la perte fortuite de la seule chose, à laquelle il aurait réduit son obligation !

Cela ne saurait être !

2° Aussi, avons-nous, par avance, répondu à l'objection que l'on voudrait tirer du premier alinéa de l'article 1193, qui porte que, dans ce cas même, l'obligation devient pure et simple.

Nous avons remarqué que cette formule ne doit pas être prise à la lettre, et que, si elle est exacte pour le cas où c'est par cas fortuit que la première chose a d'abord péri, elle ne l'est pas pour le cas, où elle a péri par la faute du débiteur. (*Supra*, n° 75.)

Il est vrai que Papinien refuse alors au créancier l'action *ex stipulatu* dans le fragment que nous avons déjà cité (95, § I, ff. *de Solutionibus*).

Je vous devais, à mon choix, deux esclaves, Stichus ou Pamphylus.

L'un d'eux périt d'abord par ma faute.... « *si facto debitoris alter sit mortuus....* »

Et ensuite, l'autre périt sans ma faute. « *Sine culpa debitoris....* »

C'est bien notre hypothèse.

Or, que dit le jurisconsulte :

« *Nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore quo moriebatur, non commiserit stipulationem....* »

Oui.

Mais, tout aussitôt, il ajoute que pourtant cette faute du débiteur, qui a été dommageable au créancier, ne doit pas rester impunie ; et il lui accorde l'action *de dolo*.

« .... *Sane, quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur....* » ;

L'action *de dolo*, en effet, si c'est par mauvaise foi que le débiteur a fait périr la première chose, ou l'action *in factum*, si c'est seulement par négligence.

Nouvel exemple, et très-significatif, de la différence, qui distinguait, en droit romain, les actions de droit strict d'avec les actions de bonne foi.

C'est que, en effet, l'action *ex stipulatu*, étant *stricti*

juris, demeurait sévèrement renfermée dans les limites de la logique rigoureuse.

Mais comme l'équité et la bonne foi protestaient, on venait en aide au créancier, au moyen des actions *de dolo* ou *in factum;*

Actions spéciales, qui n'auraient pas même été nécessaires, si l'action naissant du contrat n'avait pas eu le caractère d'une action *stricti juris* et avait été elle-même régie par la bonne foi (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 393).

83. — Que le débiteur donc ne soit pas libéré par la perte fortuite de la seconde chose, lorsque c'est par sa faute que la première chose a péri, cela est aussi juridique qu'équitable.

Il faut, en conséquence, qu'il indemnise le créancier du dommage, qu'il lui a causé.

Mais quel est ce dommage?

Et en quoi cette indemnité doit-elle consister?

Sur ce point, de nouvelles dissidences se sont élevées dans la doctrine.

Mourlon pense que l'indemnité aurait dû être proportionnée au prix de celle des deux choses qui valait le moins; c'est-à-dire que l'on aurait dû laisser au débiteur le choix entre le prix de la chose, qui a péri la première par sa faute, et le prix de la chose, qui a péri la dernière par cas fortuit (*Répét. écrit*, t. II, p. 547).

Mais comment se pourrait-il que la perte fortuite de la chose qui a péri la dernière, restituât au débiteur l'avantage du choix, que la perte de la chose, qui a péri la première, par sa faute, lui avait enlevé!

Le débiteur avait-il, par cette faute, perdu l'avantage du choix?

Oui! Mourlon reconnaît que le debiteur ne pouvait pas être admis, tant que l'autre chose existait, à offrir le prix de la chose, qu'il avait détruite, lors même que le

prix de cette chose aurait été inférieur au prix de la chose, qui restait.

Eh bien! alors, comment admettre que cette offre, qu'il n'aurait pas pu faire *avant* la perte fortuite de l'autre chose, il puisse la faire *après!* (Comp. Dumoulin, Part. II, nos 153-154; Larombière, t. III, art. 1193-1194, n° 5.)

84. — Il n'y a donc vraiment que deux solutions en présence :

Celle, que notre Code consacre, contrairement à l'ancien droit, et d'après laquelle le débiteur doit, dans tous les cas, le prix de la chose, qui a péri la dernière;

Et celle de l'ancien droit, que Pothier enseignait (n° 252), et d'après laquelle le débiteur doit, dans tous les cas, le prix de la chose, qui a péri la première par sa faute.

D'excellents jurisconsultes ont pensé que la solution nouvelle est à la fois plus pratique et plus juste :

« Elle est plus pratique, dit M. Colmet de Santerre, parce qu'elle n'oblige pas à chercher rétroactivement la valeur d'une chose détruite peut-être depuis longtemps ;

« Elle est plus juste, parce que si le débiteur a été dans son droit, en détruisant la chose, il serait désastreux qu'un fait fortuit survenu à l'autre chose pût le rendre débiteur d'une valeur considérable et devînt une cause de bénéfice pour le créancier. Tout ce que celui-ci peut raisonnablement exiger, c'est que la destruction de la première chose ne lui nuise pas, en tant qu'elle rendrait plus facile l'extinction de l'obligation par la perte de la chose ; or, la loi protége suffisamment, sur ce point, son intérêt légitime ; elle considère le débiteur qui détruit une des choses, comme ayant accepté les risques de celle qui reste; et par conséquent, elle l'oblige à payer la valeur de celle-ci, même lorsqu'elle périt par cas fortuit. » (T. V, n° 120 *bis;* comp. Labbé, *loc. supra cit.*, n° 50.)

Ces arguments, si sérieux qu'ils paraissent, ne suffisent pas, suivant nous, à justifier la dérogation que notre Code a faite aux anciens principes :

Le débiteur, dit-on, a usé de son droit, en détruisant l'une des choses.

Mais vraiment non!

Son droit était bien de choisir entre l'une ou l'autre, au moment d'exécuter l'obligation et pour l'exécuter; mais il n'avait pas le droit, avant l'exécution, de détruire l'une d'elles.

Et il ne lui appartenait pas d'accepter, comme on dit, les risques de l'une des choses, en faisant périr l'autre, c'est-à-dire de transformer l'obligation alternative en une obligation pure et simple (comp. *supra*, nos 48 et 82).

85. — Au reste, quel que soit le jugement que l'on porte sur la solution nouvelle, que le second alinéa de l'article 1193 a décrétée, ce qu'il faut reconnaître, c'est que cette solution existe et qu'elle est absolue.

Il n'y a donc pas, suivant nous, à distinguer si le prix de la chose, qui a péri la dernière sans la faute du débiteur, est supérieur ou inférieur au prix de la chose, qui a péri la première par sa faute.

Duranton, toutefois, ne le pense pas ainsi; et il permet au débiteur de payer le prix de la chose, qui a péri la première par sa faute, lorsque c'est la chose, qui a péri la dernière sans sa faute, qui avait le plus de valeur.

« Car, dit-il, à quoi le débiteur doit-il être tenu pour sa faute? à réparer le dommage qu'il a causé; et en quoi consiste ce dommage? dans la valeur de la chose qu'il a fait périr, et non dans la valeur de celle qui a péri la dernière, et par cas fortuit. Sans doute, par sa faute, il s'est privé du choix, mais voilà tout. Aussi, faut-il entendre la disposition avec cette distinction; tous les principes la réclament; d'ailleurs l'article ne la repousse pas. » (T. XI, n° 144.)

Mais, tout au contraire! l'article, dans la généralité absolue de ses termes, repousse cette distinction;

Et les motifs, sur lesquels nous venons de voir qu'il est fondé, ne la repoussent pas moins que son texte. (Comp. Larombière, t. III, art. 1195, n° 5.)

86. — *b.* Reste le cas où le choix appartenait au créancier (*supra*, n° 73).

L'article 1194 le règle en ces termes :

« Lorsque, dans les cas prévus par l'article précédent, le choix avait été déféré par la convention au créancier :

Ou l'une des choses seulement est périe; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périe;

Ou les deux choses sont péries; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix. »

Le créancier, qui peut bien être privé de l'avantage du choix par un cas fortuit, ne saurait en être privé par la faute du débiteur.

Telle est le principe sur lequel notre texte est fondé.

L'application en est facile dans le premier alinéa, qui suppose d'abord que l'une des choses seulement a péri.

Est-ce par cas fortuit?

L'obligation est devenue pure et simple; et le créancier a perdu nécessairement son droit d'option.

Est-ce par la faute du débiteur?

Le créancier a le choix entre la chose qui reste, et le prix de celle, qui est périe par la faute du débiteur.

87. — Mais les deux choses sont péries!

C'est le cas que prévoit le second alinéa de notre article.

Si c'est par cas fortuit, qu'elles ont péri toutes les

deux, il est évident que le débiteur est libéré, et qu'il n'y a plus de choix pour le créancier, puisque l'obligation tout entière est éteinte. (Art. 1302; *supra*, n° 70.)

Si elles ont péri, toutes les deux par la faute du débiteur, il n'est pas moins évident que le créancier doit conserver son droit d'option, tel au moins qu'il est désormais susceptible de s'exercer, c'est-à-dire, que le créancier peut, suivant les termes de notre article, demander le prix de l'une ou de l'autre chose.

Ces deux déductions dérivent, en effet, logiquement de la prémisse sur laquelle l'article 1194 est fondé.

88. — En voici une, au contraire, qui paraît s'en écarter tout à fait.

L'une des choses a péri par cas fortuit; et l'autre, par la faute du débiteur.

Quelle est, sur cette hypothèse, la décision de l'article 1194?

Elle est la même que sur l'hypothèse précédente, où *les deux choses* ont péri par la faute du débiteur;

Et c'est, en effet, très-formellement, que l'article dispose que, si le débiteur est en faute à l'égard des deux choses, *ou même à l'égard de l'une d'elles seulement*, le créancier peut demander *le prix de l'une ou de l'autre à son choix!*

Eh! pourquoi donc?

M. Bigot-Préameneu a présenté cette explication :

« Le motif est que, dans le cas même où le débiteur n'est en faute qu'à l'égard de l'une des choses, il doit répondre de ce que cette faute a privé le créancier du choix entre les deux choses; *et cette indemnité doit être dans le choix laissé au créancier de demander le prix de l'une ou de l'autre des choses péries.* » (*Exposé des motifs*, Fenet, t. XIII, p. 247.)

Mais il est manifeste que ce motif n'est nullement concluant, et que, loin de justifier la solution législative, il en serait lui-même plutôt la critique!

En effet, supposons d'abord que la première chose a péri par cas fortuit, et que c'est la seconde qui a péri par la faute du débiteur.

Est-ce que, par la perte fortuite de la première chose, l'obligation n'était pas devenue pure et simple?

Assurément oui!

Or, si l'obligation était devenue pure et simple, le créancier avait, dès ce moment, perdu l'avantage du choix ;

Donc, ce n'est pas la faute postérieure du débiteur, qui l'en prive.

Et la seule indemnité, qui puisse être due au créancier, ne saurait consister que dans le prix de la seconde chose que le débiteur a fait périr, et qui était seule désormais l'objet de l'obligation.

Mais que le créancier recouvre, par cette faute, le choix qu'il avait perdu, il n'y a de cela, véritablement, aucun motif, ni en droit, ni en équité!

Veut-on supposer maintenant que c'est la première chose qui a péri par la faute du débiteur, et que la seconde a péri ensuite par cas fortuit?

L'explication de la disposition législative ne sera pas plus facile.

Le créancier, en effet, n'a rien à dire, quand c'est par cas fortuit qu'il perd l'avantage du choix, qui lui avait été déféré.

Il ne peut se plaindre que lorsque c'est par la faute du débiteur qu'il le perd.

Voilà la double règle qui domine l'hypothèse où nous sommes, et qui doit résoudre toutes les combinaisons que cette hypothèse peut présenter.

Or, dans notre espèce, ce n'est point par la faute du débiteur que le créancier perd l'avantage du choix, puisque l'une des choses a péri par cas fortuit.

Et, par conséquent, le débiteur ne saurait être responsable, envers lui, d'un dommage qui ne provient pas de

sa faute, mais seulement d'un cas fortuit (comp. L. 95, ff. *de Solut.;* Labbé, *loc. supra cit.*, n° 36).

Aussi, la disposition de l'article 1194 a-t-elle été généralement désapprouvée dans la doctrine.

89. — Notre Code, à l'exemple de Pothier (n° 252), n'a prévu que le cas où les deux choses ont péri *successivement*, l'une après l'autre, par la faute du débiteur.

Que faut-il décider, dans le cas où elles auraient péri, par sa faute, en même temps, dans un événement commun, sans qu'il fût possible de déterminer laquelle des deux a péri la dernière?

Le créancier pourra certainement demander le prix de l'une ou de l'autre, à son choix, si c'est à lui que le choix appartenait entre l'une ou l'autre chose.

Mais si le choix appartenait au débiteur?

L'opinion générale est aussi qu'il ne l'a pas perdu, et qu'il peut, à son choix, payer au créancier le prix de l'une ou de l'autre (comp. Duranton, t. XI, n° 144; Demante, t. V, n° 122; Mourlon, *Répét. écrit*, t. II, p. 458).

M. Larombière ajoute même que « le créancier n'a droit à aucune indemnité. » (T. III, art. 1193-1194, n° 7.)

Nous n'admettons pas cette doctrine, du moins dans ces termes absolus.

Le débiteur avait sans doute le droit de payer au créancier l'une ou l'autre des choses qu'il lui plairait de choisir.

Oui! mais l'une ou l'autre des choses en nature.

Et, tant que son choix n'était pas fait, il n'avait pas le pouvoir de les détruire!

Il a donc causé un dommage au créancier, en le mettant dans la nécessité de recevoir un prix en argent, au lieu de l'une des choses en nature que celui-ci avait en vue d'obtenir.

Or, s'il est vrai que, généralement, les choses comprises dans une obligation alternative sont d'une valeur

à peu près égale, il faut ajouter que le créancier a pu avoir en vue non pas leur valeur, mais leur utilité, et même leur individualité spéciale.

Et, par conséquent, le debiteur a pu lui causer, en les faisant périr toutes les deux par sa faute, un dommage dont il est juste que le créancier obtienne la réparation.

90. — C'est que, en effet, même dans les cas prévus par les articles 1193 et 1194, le débiteur pourrait être certainement condamné à payer des dommages-intérêts au créancier, outre le prix de la chose qu'il a fait périr par sa faute (comp. Larombière, t. III, art. 1193, n° 6).

91. — Nous avons toujours mentionné, avec le texte des articles 1193 et 1194, la faute du débiteur.

Mais il faut aussi comprendre sous cette expression, *son fait* et *sa demeure*.

Tel est le droit commun (art. 1245, 1302).

Il n'y a qu'un événement, qui exonère le débiteur de toute responsabilité envers le créancier; c'est le cas *d'une force étrangère qui ne peut lui être imputée* (art. 1147; comp. le t. I de ce *Traité*, n° 513).

92. — Pareillement, quoique nos textes ne mentionnent que le cas *où les choses sont péries*, il n'est pas moins certain qu'ils s'appliquent également à tous les cas où les prestations comprises dans l'obligation alternative sont devenues, l'une ou l'autre, ou toutes les deux, impossibles à remplir, par le fait du débiteur; comme s'il a vendu à un tiers de bonne foi l'un des meubles ou les deux meubles qui en faisaient l'objet (comp., art. 2279).

Aussi, l'article 1193, qui porte, dans son premier alinéa, que :

« L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt *et* ne peut plus être livrée... »

Doit-il être entendu comme s'il portait :

« ... Si l'une des deux choses périt *ou* ne peut plus être livrée .. »

Autrement, il y aurait un véritable pléonasme (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 34; L. 16, *princ.*, ff. *de Verb. obligat.;* Marcadé, art. 1193-1194).

93. — Les articles 1193 et 1194 règlent seulement le cas où *la perte* de l'une des choses ou des deux choses est arrivée par la faute du débiteur.

Et il résulte de la manière dont ils sont conçus, et de leur disposition elle-même, qu'ils n'ont statué que pour le cas où la perte est totale.

Que faut-il décider dans le cas de perte partielle ou de dégradations qui sont imputables à la faute du débiteur?

Nous nous sommes déjà expliqué pour le cas où il s'agit de perte partielle ou de détériorations survenues par cas fortuit (*supra*, n° 72).

Supposons maintenant que le débiteur est en faute.

Il faut distinguer :

94. — Si c'est au débiteur que le choix appartient, il peut certainement, après avoir dégradé ou fait périr en partie l'une des choses, offrir au créancier l'autre chose; et celui-ci n'a pas à se plaindre, puisque la faute du débiteur ne lui cause alors aucun dommage.

Mais le débiteur peut-il forcer le créancier à recevoir la chose qu'il a lui-même dégradée ou détruite partiellement?

Oui, répond M. Larombière; il n'a pas perdu, pour cela, sa faculté d'option; seulement le créancier pourra, non pas exiger que l'autre chose, qui est intacte, lui soit délivrée, mais poursuivre contre le débiteur une action en dommages-intérêts, ou la résolution de la convention, pour inexécution de ses engagements, conformément à l'article 1184, et sans préjudice des dommages-intérêts, suivant les circonstances (t. II, art. 1193-1194, n° 11).

Mais pourquoi donc le créancier ne pourrait-il pas,

précisément à titre de dommages-intérêts, conclure à ce que le débiteur soit condamné à lui livrer l'autre chose, qui est intacte?

Nous n'y voyons pas d'obstacle; et si le débiteur perd, dans ce cas, sa faculté d'opter, c'est par une faute qui lui est imputable, et dont il doit au créancier la réparation (comp. *infra*, n° 98).

95. — Si c'est, au contraire, au créancier, que le choix appartient, et qu'il déclare le faire porter sur celle des choses que le débiteur a détériorée ou fait périr en partie, il peut, en outre, demander des dommages-intérêts; et nous croyons, avec M. Larombière, qu'il pourrait être fondé aussi, suivant le cas, à demander la résolution du contrat, avec des dommages-intérêts.

Mais le créancier opte pour la chose, qui est restée intacte!

Peut-il demander, même dans ce cas, des dommages-intérêts, en prétendant que le débiteur l'a gêné dans l'exercice de sa faculté d'option, en détériorant ou en faisant périr partiellement l'autre chose?

C'est ce que nous ne croirions pas.

Qu'il déclare choisir cette autre chose; et alors, sans doute, il aura droit à des dommages-intérêts.

Mais pourquoi des dommages-intérêts, quand il obtient entière et intacte l'une des choses qui était comprise dans l'obligation, et qui, après le choix qu'il en fait, est réputée en avoir été, dès l'origine, le seul objet!

96. — Enfin, une dernière hypothèse peut encore se présenter:

C'est celle où la perte totale ou partielle de l'une des choses est imputable au créancier.

Les rédacteurs du Code ne l'ont pas prévue; sans doute, parce que les choses comprises dans l'obligation alternative, se trouvant presque toujours en la possession du débiteur, avant l'exercice du choix, qui détermine l'obligation à l'une d'elles, il n'arrivera que très-rare-

ment que l'une d'elles soit détériorée ou périsse par le fait du créancier.

Mais cette hypothèse, pour être peu fréquente, n'en est pourtant pas moins possible (comp. L. 55, ff. *ad legem Aquiliam*).

Et il est nécessaire, afin de compléter cette matière, de la résoudre.

Cette solution d'ailleurs ne paraît pas offrir de difficulté :

97. — Le choix appartient-il au débiteur?

Comme le créancier n'a pas pu, par son fait lui enlever sa faculté d'option, le débiteur aura certainement le droit de déclarer qu'il porte son choix sur la chose détériorée ou même détruite; et le créancier, à qui cette détérioration ou cette perte est imputable, ne pourra pas s'en plaindre.

Mais si, au contraire, le débiteur choisit l'autre chose qui est intacte, et la délivre en nature, il va de soi qu'il peut exercer une action en dommages-intérêts contre le créancier, à raison de la perte ou de la détérioration, qu'il a causée à l'autre chose.

98. — Est-ce au créancier que le choix appartient?

Pas de difficulté, si la destruction ou détérioration qu'il a causée de l'une des choses, implique, de sa part, l'exercice de son droit d'option ; il a exercé son choix, et tout est dit!

Mais voici ce que M. Larombière ajoute :

« Si l'une des choses seulement a péri en totalité ou en partie, sans que ce fait implique une option de sa part, il pourra néanmoins faire porter encore son option sur l'autre chose ; mais, dans ce cas, le débiteur aura contre lui une action en dommages-intérêts » (t. III, art. 1193-1194, n° 12).

Mais, dirons-nous encore, pourquoi donc le débiteur ne pourrait-il pas, précisément à titre de dommages-intérêts, conclure à ce que le créancier soit condamné à rece-

voir en payement celle des choses qu'il a détruite ou détériorée par sa faute? (Comp. *supra*, n° 94.)

SECTION III.

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

Exposition générale. — Historique. — Division.

SOMMAIRE.

99. — Transition. — Des obligations, que l'on appelle multiples.
100. — Les obligations multiples sont de deux sortes : disjointes ou conjointes.
101. — Suite.
102. — *a*. De l'obligation disjointe.
103. — Suite.
104. — Suite.
105. — *b*. De l'obligation conjointe.
106. — Suite.
107. — Suite.
108. — Suite.
109. — Suite.
110. — L'obligation conjointe se fractionne en autant de parts viriles et distinctes, qu'il y a de stipulants ou de promettants.
111. — Suite.
112. — Suite.
113. — Suite.
114. — Suite.
115. — La règle, d'après laquelle l'obligation conjointe se divise en autant de parts viriles qu'il y a de promettants ou de stipulants, comporte deux exceptions : la première, dans le cas de solidarité ; — la seconde, dans le cas d'indivisibilité.
116. — Le mot : *solidarité*, dérive du mot latin : *in solidum*. — Explication
117. — Suite.
118. — Suite.
119. — Suite.
120. — Faut-il distinguer, dans notre droit, l'obligation *in solidum* d'avec l'obligation solidaire? — Existe-t-il deux espèces de solidarité?
121. — Suite.
122. — La solidarité peut exister, soit activement entre les créanciers, soit passivement entre les débiteurs. — Observation.
123. — La solidarité peut exister, tout à la fois, activement entre les créanciers, et passivement entre les débiteurs. — Observation.
124. — Division.

99. — Nous venons d'examiner les obligations, qui comprennent plusieurs choses.

Examinons maintenant les obligations, qui comprennent plusieurs personnes, c'est-à-dire, les obligations *multiples*, dans lesquelles figurent, à la fois, plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs.

100. — Cette multiplicité, ou mieux encore, cette pluralité des personnes, peut se produire de deux manières : soit disjointement, soit conjointement.

De sorte que ces obligations sont dites, en effet, dans le langage juridique, *disjointes ou conjointes.*

101. — L'obligation disjointe est celle dans laquelle les personnes sont séparées les unes des autres par une particule disjonctive :

Je m'oblige à payer la somme de mille francs à Pierre *ou* à Paul.

Tandis que, dans l'obligation conjointe, les personnes sont réunies par une particule conjonctive :

Je m'oblige à payer la somme de mille francs à Pierre *et* à Paul ;

Nous allons voir que cette conjonction elle-même peut offrir deux caractères distincts :

Elle peut être *simple;* c'est la règle;

Elle peut être *solidaire ;* c'est l'exception (comp. *infra*, n° 129).

102. — *a*. Rien n'est plus rare, dans nos usages modernes, que l'obligation que l'on appelle *disjointe.*

Aussi, les rédacteurs de notre Code ne s'en sont-ils pas occupés.

Et la vérité est que les conséquences qu'il y aurait lieu d'en déduire, paraissent le plus souvent si incertaines et si bizarres, qu'il est facile de comprendre l'oubli dans lequel le législateur, d'accord avec la pratique, a cru devoir les laisser.

« Je vous vends ma maison, à la charge par vous de payer dix mille francs à Pierre *ou* à Paul. »

Quel est le caractère de la créance, qui résulte de cette convention au profit de Pierre *ou* de Paul?

Est-elle alternative? ou conditionnelle? ou solidaire?

Le payement doit-il être fait, par le débiteur, à celui des deux créanciers qui le préviendra par sa poursuite?

Ou, le débiteur a-t-il le droit de payer à celui des deux qu'il lui plaira de choisir?

S'il n'a pas fait de choix, qu'adviendra-t-il de cette créance, suspendue, pour ainsi dire, entre l'un *ou* l'autre créancier?

La créance, si l'un des deux a reçu la totalité, appartiendra-t-elle au premier occupant? pourra-t-il la conserver a l'exclusion de l'autre? ou sera-t-il tenu de lui tenir compte de la moitié?

Toutes questions, qu'il serait malaisé de résoudre, *a priori*, théoriquement, puisque la solution, subordonnée à l'intention des parties contractantes, dépend évidemment, dans ces cas singuliers, des autres expressions qu'elles auraient pu employer encore, et de toutes les circonstances du fait.

103. — C'est particulièrement dans les testaments que ces sortes de formules peuvent se rencontrer :

« ... *Illi* AUT *illi do, lego...* »

Auquel des deux, donc?

Cette difficulté paraît avoir excité, entre les jurisconsultes romains, de grandes controverses :

« ... *An occupantis melior sit conditio? an ambo in hujus modi lucra vel munera vocentur? an secundum aliquem ordinem admittantur? an uterque omnimodo?...* »

Au point que, pour sortir de cette confusion, ... *tanta auctorum varietas*,... Justinien décida que le legs appartiendrait à tous les deux, à l'un et à l'autre, et que la particule disjonctive : *aut*, devrait être prise pour la particule conjonctive : *et* (L. 4 Cod., *de Verbor. et rerum signific.*).

Il ne sera pas impossible, sans doute, que cette interprétation soit conforme à la volonté du disposant.

Mais encore, pourtant, faut-il réserver les cas où le

titre renfermerait l'expression d'une volonté contraire.

104. — Pothier, supposant une disposition ainsi conçue :

« Mon héritier donnera aux Carmes *ou* aux Jacobins une somme de cent livres. »

Décide, d'après un fragment de Paul (L. 16, ff. *de Legat.*, 2°), que les deux légataires ont, contre l'héritier, une créance solidaire, à laquelle il paraît appliquer, en effet, les conséquences de la solidarité (n° 259).

Nous dirons encore, sur son exemple, qu'il se pourra, en fait, que cette interprétation soit exacte, et que le testateur ait voulu établir, comme il le peut certainement, une vraie solidarité entre les deux couvents légataires, de façon : 1° que l'héritier soit obligé de payer la somme de cent livres à celui des deux qui, le premier, la lui demandera; 2° et que celui des deux qui l'aura reçue tout entière, soit obligé de tenir compte à l'autre de la moitié (comp. *infra*, n° 128).

Mais il se pourrait aussi que telle ne fût pas l'intention du testateur; et même, en thèse générale, nous croirions, contrairement à l'interprétation de Pothier, que l'on devrait présumer, devant une disposition ainsi formulée, que le testateur a voulu créer non pas une créance *solidaire*, mais plutôt une créance *disjointe* et *conditionnelle*, de façon : 1° que l'héritier aurait le choix de payer la somme à celui des deux couvents qu'il voudrait, sans pouvoir être privé de ce choix par les poursuites de celui qui aurait agi le premier en délivrance; 2° que celui qui aurait reçu toute la somme, aurait le droit de la conserver à l'exclusion de l'autre (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 738; Toullier, t. III, n°s 703-704; Marcadé, art. 1197; Rodière, *de la Solidarité et de l'Indivisibilité*, n° 8; Colmet de Santerre, t. V, n° 128 *bis*, III; Larombière, t. II, art. 1197, n°s 4-5).

105 — *b.* Mais arrivons à l'obligation conjointe, dont le rôle est bien autrement fréquent et considérable !

On appelle de ce nom l'obligation dans laquelle plusieurs personnes sont réunies, de manière que la qualité de créancier ou de débiteur appartient à chacune d'elles conjointement et simultanément (*supra*, n° 101).

Pierre et Paul se réunissent pour me prêter dix mille francs ; et l'acte porte, en effet, que j'emprunte cette somme à Pierre et à Paul.

Voilà deux créanciers conjoints.

Ou, encore, je prête dix mille francs à Pierre et à Paul, qui se réunissent pour me les emprunter ; et l'acte porte, en effet, que j'ai prêté cette somme à Pierre et à Paul.

Voilà deux débiteurs conjoints.

Quel est l'effet de cette créance conjointe ou de cette dette conjointe?

La réponse est très-simple ; mais elle n'en renferme pas moins une règle fondamentale, qu'il importe de poser tout d'abord.

Eh bien ! donc, il n'y a pas alors une seule créance, ni une seule dette !

Il y a trois créances, et trois dettes !

Trois créances, disons-nous, et trois dettes, distinctes et indépendantes l'une de l'autre !

Dans le premier cas, passivement, je suis débiteur de 5000 fr. envers Paul, et de 5000 fr. envers Pierre, qui sont censés avoir stipulé, chacun, sa part virile.... *virilem portem singuli stipulari*, disait Papinien. (L. II, § 1, ff. *de Duobus reis.*)

Dans le second cas, activement, je suis créancier de 5000 fr. contre Paul et de 5000 fr. contre Pierre, qui sont censés avoir promis chacun sa part virile.... *partes viriles deberi.* (L. II, § 2, *supra cit.*)

En d'autres termes :

La créance ou la dette se divise, en autant de parts

égales et distinctes qu'il y a de stipulants ou de promettants.

Autant de créanciers que de personnes, et autant de débiteurs !

Telle est la règle.

106. — Cette règle d'ailleurs est très-juridique; et nous l'avons déjà, par avance, expliquée.

Elle dérive, en effet :

De l'article 1119, d'après lequel on n'est, en général, censé stipuler ou promettre que pour soi-même;

Et aussi de l'article 1162, d'après lequel la convention s'interprète contre celui, qui a stipulé et en faveur de celui, qui a contracté l'obligation. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 204; et le tome II, n° 23.)

107. — La conjonction, dont nous voulons déterminer le caractère, implique, comme on voit, la condition de l'identité, soit de la *chose* qui fait la matière de l'obligation; — soit du *titre*, par lequel l'obligation est souscrite; — soit *du temps*, dans lequel elle est contractée.

Si les titres étaient différents, il n'y aurait pas une obligation conjointe.

Il y aurait plusieurs obligations séparées.

Paul s'est obligé hier à me prêter 10 000 fr. par un acte passé entre lui et moi.

Et Pierre s'oblige aujourd'hui à me prêter aussi 10 000 fr. par un autre acte passé entre lui et moi.

Ce sont là, disons-nous, deux obligations indépendantes, dans leur isolement et dans leur intégralité.

Et nous en pouvons dire, avec Justinien :

«.... *Alia atque alia erit obligatio....* » (Inst. *de Duobus reis.*)

Est-ce 5000 fr. seulement que je puis demander à Paul? et 5000 fr. à Pierre?

Non pas! car il n'y a que l'obligation conjointe qui se divise ainsi par portions viriles, entre les promettants et stipulants.

Or, nous sommes en présence, non pas d'une obligation multiple et conjointe, mais de deux obligations distinctes et séparées.

Je puis donc demander 10 000 fr. à Paul, et 10 000 fr. à Pierre.

Telle est, du moins, l'interprétation, qui devrait, en général, prévaloir ;

A moins qu'il ne résultât des titres et des circonstances du fait, que les parties ont voulu rattacher les deux obligations l'une à l'autre, et ne faire des deux obligations ensemble qu'une seule obligation (comp. *infra*, nos 203 et suiv. ; Toullier, t. III, n° 710).

108. — Pareillement, la conjonction ferait encore défaut, malgré l'unité du *titre*, si les *choses* n'étaient pas les mêmes.

Par un seul acte, Paul m'a promis de me livrer 10 000 fr. ; et Pierre m'a promis de me livrer une maison.

Comment se pourrait-il que ce fût là une obligation conjointe !

C'est un obstacle, on peut le dire, materiel, qui s'y oppose !

De même, si Paul m'avait promis de me livrer *une maison*, et Pierre de me livrer *le prix de cette maison*.

Nous n'en aurions pas moins deux objets différents, et par conséquent aussi deux obligations différentes.... *alia atque alia obligatio*.

109. — Ce qu'il faut toutefois ajouter, c'est que les clauses ainsi formulées peuvent présenter parfois des difficultés d'interprétation ; surtout, lorsqu'il s'agit d'obligations de sommes d'argent, comme dans les exemples que nous avons présentés, et qui sont, en effet, en ces sortes d'affaires, les exemples les plus pratiques.

Par un seul acte, j'ai promis de prêter 10 000 fr. Paul, et 10 000 fr. à Pierre.

Suis-je obligé à prêter à chacun d'eux 10 000 fr ?

Ou seulement 5000 fr. à l'un et 5000 fr. à l'autre?

La solution pourrait peut-être paraître douteuse.

Et même, d'après Ulpien, on devrait généralement présumer, en cas pareil, qu'il s'agit d'une somme unique de 10 000 fr. une fois payée.... *eadem decem.... non alia decem* (L. 38, § 19, ff. *de Verbor. obligat.*).

Tel ne serait pourtant pas notre avis; et nous pensons qu'il faudrait, en général, préférer l'autre interprétation.

Je n'ai pas promis une seule fois 10 000 fr.... — J'ai promis deux fois 10 000 fr. : une fois à Paul; et une fois à Pierre; et si je les ai promis deux fois, c'est donc deux fois que je les dois!

Quelle différence, au contraire, quand l'acte porte que je me suis obligé à prêter 10 000 fr. à Paul et à Pierre.

Je n'ai promis, en effet, alors, qu'une seule fois 10 000 fr.

Et Julien nous paraît être beaucoup plus dans la vérité qu'Ulpien, lorsque, sur le fait ainsi posé, il décide que ce sont les mêmes 10 000 fr. que je dois, en une seule fois, à l'un et à l'autre...; *semper una decem communiter....* (L. 56, princ. ff. *de Verbor. obligat.*)

Oui! voilà bien alors l'obligation conjointe, avec sa double condition : d'abord, l'unité de la chose; et ensuite, l'unité du titre.

110. — Eh bien! c'est cette obligation qui se fractionne, disons-nous, et qui se divise activement ou passivement, en autant de parties viriles et distinctes, qu'il y a de créanciers ou de débiteurs.

Elle se fractionne et se divise, bien entendu, si la chose, qu'elle a pour objet, corporelle ou incorporelle, n'est pas indivisible!

Les conséquences de ce fractionnement, qui fait autant de créances et autant de dettes qu'il y a de stipulants ou de promettants, sont en grand nombre et des plus graves!

111. — *a.* — Ainsi, par exemple, s'agit-il de plusieurs créanciers?

Chacun d'eux ne peut demander au débiteur que sa part virile;

De même que le débiteur ne peut offrir que sa part virile à chacun d'eux.

D'où il suit :

1° Que si le débiteur devient insolvable, après avoir payé à un ou plusieurs créanciers leur part, son insolvabilité est supportée par les créanciers non payés, sans que les autres soient tenus de leur rien communiquer de ce qu'ils ont reçu;

2° La mise en demeure ou la demande d'intérêts, formée par l'un des créanciers contre le débiteur, ne profite point aux autres créanciers;

3° Si la prescription est interrompue ou suspendue en faveur de l'un des créanciers, elle n'en court pas moins contre les autres, qui ne pourraient pas invoquer eux-mêmes une cause d'interruption ou de suspension;

4° Dans le cas où l'obligation serait nulle ou annulable, relativement à l'un des créanciers, elle ne recevrait, pour cela, aucune augmentation relativement aux autres (comp. *infra*, n° 150).

112 — *b.* — Les mêmes conséquences doivent être déduites, en sens inverse, de l'obligation conjointe, lorsqu'il s'agit de plusieurs débiteurs.

Le créancier ne peut donc demander à chacun d'eux que sa part virile;

De même que chacun d'eux ne peut offrir que sa part virile au créancier.

D'où il suit :

1° Que si l'un ou plusieurs des débiteurs sont insolvables, cette insolvabilité est supportée par le créancier, et non point par les autres débiteurs;

2° Que la mise en demeure ou la demande d'intérêts

formée par le créancier contre l'un des débiteurs, n'a pas d'effet contre les autres;

3° Que la prescription interrompue à l'égard de l'un des débiteurs, n'en court pas moins au profit des autres débiteurs, à l'égard desquels elle n'a pas été interrompue;

4° Dans le cas où l'obligation de l'un des débiteurs serait nulle ou annulable pour un vice quelconque qui n'inficierait pas viscéralement l'obligation tout entière, pour incapacité, par exemple, ou autrement (art. 2012, 2036), la créance du stipulant serait diminuée du montant de cette portion, sans que la dette des autres promettants en fût augmentée.

Et voilà comment, en effet, la nullité relative de l'obligation, du chef personnel de l'un des débiteurs, ne peut être invoquée par les autres débiteurs, pas plus qu'elle ne peut leur être opposée. (Comp. Cass., 21 juill. 1852, Petit, Dev., 1852, I, 491; Toullier, t. III, n° 714; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 262; Larombière, t. II, art. 1197, n° 8.)

113. — Telles sont les conséquences de l'obligation conjointe.

Et ces conséquences, comme on le voit, procèdent toutes de notre prémisse fondamentale, à savoir : qu'il existe autant de créances ou autant de dettes distinctes qu'il y a de créanciers ou de débiteurs.

Est-ce à dire pourtant que la conjonction, dans un titre unique de ces obligations multiples, ne doive jamais elle-même produire aucune conséquence?

Et doit-on toujours traiter absolument les obligations *conjointes*, comme on ferait des obligations *simples*, qui auraient été contractées dans des actes séparés par chacun des créanciers ou par chacun des débiteurs?

Ce serait là une exagération.

On ne saurait méconnaître, en effet, que cette unité de titre et d'objet, qui les réunit, leur imprime un certain caractère d'indivisibilité.

Nous en trouvons un exemple dans les articles mêmes de notre Code.

Plusieurs ont vendu avec faculté de réméré un héritage commun entre eux.

Ils l'ont vendu *conjointement*, et *par un seul contrat.*

La conséquence naturelle de cette vente conjointe, c'est que « *chacun ne peut exercer l'action en réméré que pour la part, qu'il y avait.* »

Voilà ce que décide l'article 1668.

Mais, en même temps, l'article 1670 ajoute que :

« *L'acquéreur... peut exiger que tous les co-vendeurs soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier;* et que, *s'ils ne se concilient pas, il sera renvoyé de la demande.* »

C'est que, en regardant la nature de la chose, qui fait l'objet de cette unique convention, ainsi que le titre unique, dans lequel les co-vendeurs ont ensemble et conjointement transmis l'*héritage entier* à l'acheteur, on est amené à reconnaître que c'est, en effet, l'*héritage entier*, qui devra être l'objet du rachat, comme il a été l'objet de la vente ;

C'est-à-dire que cet objet doit être considéré, à certains égards, comme indivisible, d'après l'intention des contractants.

Et la preuve que tel est bien le caractère de la convention, c'est que, d'après l'article 1669 :

« *Il en est de même, si celui qui a vendu seul un héritage, a laissé plusieurs héritiers....* » (Comp. art. 1670 et 1222, 1225.)

Mais supposez, au contraire, que la vente d'un héritage appartenant à plusieurs, n'a pas été faite *conjointement et de tout l'héritage ensemble, et que chacun n'ait vendu que la part qu'il y avait.*

Oh ! alors, il n'y aura aucune conjonction, d'où l'on puisse induire l'indivisibilité, sous aucun rapport, de ces obligations tout à fait simples et séparés.

Aussi, l'article 1671 dispose-t-il que :

« .... Les vendeurs *peuvent exercer séparément l'action en réméré sur la portion qui leur appartenait ;*

« Et que *l'acquéreur ne peut forcer celui qui l'exercera de cette manière, à retirer le tout.* » (Comp. *infra*, n° 584; Troplong, *de la Vente*, t. II, art. 1668-1671; Larombière, t. II, art. 1197, n° 9.)

114. — Cet exemple n'est pas le seul, bien entendu !

Et il faudrait appliquer la même doctrine à toutes les conventions dans lesquelles apparaîtraient les mêmes éléments d'interprétation, que nous venons de déduire de l'unité du titre et de la chose qui fait la matière du contrat.

C'est ainsi que la vente d'un héritage, faite par un seul vendeur à plusieurs acquéreurs, serait soumise à la même distinction :

Si elle avait été faite conjointement et par un seul contrat, de l'héritage entier à tous les acquéreurs ensemble, elle serait une vente conjointe, qui, tout en ne faisant naître que des obligations distinctes de la part de chacun d'eux, pourrait néanmoins revêtir un caractère d'indivisibilité;

Tandis qu'il y aurait autant de ventes distinctes et séparées que d'acquéreurs, si chacun d'eux avait acquis, en effet, distinctement et séparément, une portion déterminée de l'héritage.

Mais nous reviendrons plus tard sur cette thèse, en traitant des obligations divisibles ou indivisibles. (Comp. *infra*, n° 584.)

115. — Quant à présent, il ne s'agit que de l'obligation conjointe, considérée comme telle.

Et, pour conclure comme nous avons commencé, nous rappellerons la règle qui la gouverne, à savoir : qu'elle se décompose divisément en autant de portions qu'il y figure de personnes, activement ou passivement.

Mais cette règle comporte deux exceptions :

L'une, dans le cas de *solidarité;*

L'autre, dans le cas d'*indivisibilité.*

La première exception, celle qui est relative aux obligations solidaires, fait l'objet de la section IV de notre chapitre.

La seconde exception, celle qui est relative aux obligations indivi ibles, fait l'objet de la section V.

Nous nous en occuperons successivement.

116. — Le mot *solidaire* dérive du mot latin *solidum*, qui signifie *tout, total, entier.*

Aussi, les anciens auteurs disaient-ils *solidité,* au lieu de *solidarité* (comp. Pothier, n°s 258, 261, etc.).

Et leur terminologie était certainement plus conforme que la nôtre à la physionomie romaine de cette expression.

Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de remarquer, c'est que les mots : *in solidum*, pris à leur origine, représentent également les diverses situations dans lesquelles figurent plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, avec ce rôle particulier qui donne à chacun des créanciers le droit de poursuivre le débiteur *pour le tout,* ou qui impose à chacun des débiteurs l'obligation de satisfaire *pour le tout* le créancier.

Pour le tout, disons-nous, ou *in solidum;* car telle est l'exacte traduction, en français, de la formule latine, qui ne veut dire, ni plus ni moins, que ceci, à savoir : que, entre plusieurs créanciers, chacun peut agir pour le tout, et que, entre plusieurs débiteurs, chacun peut être poursuivi pour le tout.

117. — Or, ces situations-là peuvent se présenter principalement dans deux hypothèses différentes :

A. — Deux débiteurs sont tenus, pour le tout, envers le même créancier;

Deux débiteurs, entre lesquels il n'existe aucune relation juridique, de société, de mandat ou autre;

De sorte qu'il ne semble pas possible de les considé-

rer comme les représentants l'un de l'autre dans leurs rapports avec le créancier.

B. — Deux débiteurs sont tenus, pour le tout, envers le même créancier;

Deux débiteurs, entre lesquels il existe une relation juridique, de société, de mandat, ou autre;

De sorte qu'ils se trouvent constitués les représentants l'un de l'autre, dans leurs rapports avec le créancier.

Ces deux hypothèses sont, en effet, très-différentes.

Et chacune d'elles soulève des difficultés qui lui sont spéciales.

Ainsi, par exemple, dans la première hypothèse, il y aura lieu de rechercher si, malgré la réciproque indépendance de ces deux débiteurs, entre lesquels il n'existe aucune relation juridique, le payement pour le tout, fait par l'un, libère ou ne libère pas l'autre envers le créancier;

Et, dans le cas où le payement fait par l'un aurait pour résultat de libérer l'autre, si celui qui a fait ce payement, est ou n'est pas fondé à exercer un recours contre lui? (Comp. *infra*, nos 303 et suiv.)

De même, dans la seconde hypothèse, des questions pourront s'élever sur l'étendue de ce pouvoir de représentation réciproque, par suite duquel un codébiteur est réputé mandataire de l'autre, dans ses rapports avec le créancier.

Ce n'est pas le moment d'examiner ces questions, auxquelles nous arriverons bientôt.

Ce que nous voulons seulement remarquer ici, c'est que l'expression romaine *in solidum* convient également à la première et à la seconde hypothèse; parce qu'elles ont, en effet (malgré la différence profonde qui les sépare), ce trait commun de ressemblance, que chacun des débiteurs, dans l'une comme dans l'autre, peut être poursuivi *pour le tout*.

118. — Aussi, en droit romain, les mots *in solidum*

ne représentaient-ils pas plus spécialement la seconde hypothèse que la première.

Quand on voulait représenter la seconde hypothèse, c'est-à-dire celle dans laquelle les deux créanciers ou les deux débiteurs sont liés réciproquement par quelque relation juridique, et ne sont pas, l'un par rapport à l'autre, dans une position indépendante, on employait d'autres mots.

On appelait les deux créanciers *duo rei credendi*, et les deux débiteurs *duo rei debendi;* ou plus souvent encore, *duo rei stipulandi*, et *duo rei promittendi*, parce que la stipulation était la forme la plus ordinaire et, en effet, la plus commode, par le mécanisme dans lequel elle consistait, pour établir cette espèce de créance ou de dette.

Duo rei, disons-nous, lorsqu'il n'y en avait que deux (L. 34, ff. *de Recept. qui arbit.*);

Et, lorsqu'il y en avait un plus grand nombre, *correi stipulandi*, et *correi promittendi* (Inst. et Digeste, *de Duobus reis*.

C'est-à-dire que, dans la phraséologie romaine, les mots *in solidum* exprimaient seulement le résultat commun d'une certaine classe d'obligations, et non pas la définition scientifique de l'une d'elles en particulier.

La *corréalité*, l'obligation *corréale*, voilà le vrai nom, à Rome, de l'espèce particulière d'obligation, qui se distinguait de la *solidarité*, de l'obligation *solidaire*, parce que, outre cette conséquence commune, qu'elle avait, avec elle, que chacun des créanciers pouvait poursuivre le débiteur *in solidum*, ou chacun des débiteurs être poursuivi *in solidum* par le créancier, elle produisait, en même temps, d'autres conséquences qui lui étaient propres.

119. — Très-différente est la phraséologie française!

Nous ne pouvons pas opposer l'obligation *corréale* à l'obligation *solidaire*, par la très-bonne raison que ce mot : *corréale*, *corréalité*, est inconnu dans notre langue ju-

ridique, et que, d'ailleurs, nous n'avons pas plus la chose que le mot; car il s'en faut que l'obligation *solidaire* française corresponde exactement à l'obligation *corréale* romaine! quoique les orateurs du gouvernement aient appelé *correi stipulandi* et *correi promittendi*, nos créanciers et nos débiteurs solidaires! (*Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu, Fenet, t. XIII, p. 248 et 250.)

Quelle est donc, d'après notre terminologie, la dénomination scientifique de cette espèce d'obligation, dans laquelle plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, unis entre eux par une certaine relation juridique, peuvent poursuivre ou être poursuivis pour le tout; mais de manière que le payement fait à l'un des créanciers ou par l'un des débiteurs éteigne l'obligation à l'égard des autres créanciers ou des autres débiteurs?

C'est la solidarité, c'est l'obligation solidaire!

Mais qu'est-ce que cette solidarité? et comment la faut-il définir?

M. Larombière reproche à Toullier de donner de la solidarité une définition inexacte, quand il dit que « la solidarité entre les créanciers d'une même chose est le droit qu'a chacun d'eux de se faire payer la totalité, et que la solidarité entre les débiteurs est l'obligation imposée à chacun d'eux de payer seul pour tous la chose qu'ils doivent en commun » (t. III, n° 709).

« La solidarité (ajoute le savant auteur), n'est ni ce droit ni cette obligation; elle en est seulement le principe et la cause; ils en sont les effets; mais ils ne sont pas la solidarité » (t. II, art. 1197, n° 3).

Cette remarque est vraie rigoureusement; et on ne saurait nier que la définition de Toullier, quoique la plupart des interprètes du Code l'aient admise, semble confondre la cause avec l'effet; la solidarité est ce qui donne aux créanciers ce droit et ce qui impose aux débiteurs cette obligation! mais elle n'est, elle-même, ni l'un ni l'autre!

Qu'est-ce donc qu'elle est elle-même ?

Définition délicate.... *periculosa!* (L. 202, *de Regul. juris.*)

Nous essayerons, pour notre part, de répondre que la solidarité est une certaine conjonction particulièrement énergique; car il ne faut pas oublier que l'obligation solidaire repose, avant tout, comme en sous-œuvre, sur une obligation conjointe.

C'est, disons-nous, une conjonction revêtue d'un tel caractère, que les parts afférentes, dans l'obligation, à chacun des créanciers ou à chacun des débiteurs, au lieu de se diviser, se réunissent et, pour ainsi dire, se condensent, de manière à former autant d'obligations individuelles qu'il y a de créanciers ou de débiteurs; en même temps qu'elles ne forment toutes ensemble, dans le faisceau, qui les relie, qu'une obligation unique à l'extinction de laquelle une seule prestation suffira.

Tel est le double aspect, que la solidarité présente, et qui la caractérise essentiellement : la multiplicité en même temps que l'unité.

A considérer chacune des obligations séparément, il y en a autant que de personnes ;

A les considérer collectivement, il n'y en a qu'une seule !

De l'obligation alternative, nous avons dit qu'elle était solidaire pour les choses (*supra*, n° 8);

Nous dirons réciproquement de l'obligation solidaire qu'elle est alternative pour les personnes.

De même, en effet, que chacune des choses, qui sont l'objet de l'obligation alternative, est due, pour le tout, comme si elle en était seule l'objet ; mais de manière que le payement de l'une libérera les autres;

De même, chacune des personnes, qui figurent activement ou passivement dans une obligation solidaire, est créancière ou débitrice, pour le tout, comme si elle était seule créancière ou seule débitrice; mais de manière que le payement, fait par l'une, libérera les autres.

Voilà ce que, dans notre droit français, nous appelons *la solidarité, l'obligation solidaire.*

120. — Mais, alors, comment faut-il appeler celles des obligations, dans lesquelles plusieurs débiteurs sont tenus aussi pour le tout, sans que néanmoins il existe, entre eux, aucune relation juridique de société, de mandat, ou autre?

Quel doit être leur nom?

Et, ce qui est bien plus important : Quels doivent être leurs effets?

En droit romain, c'étaient là des obligations *in solidum,* qualifiées de ce nom générique, à raison seulement de leur résultat, mais qui ne portaient pas, comme l'obligation corréale, une dénomination spéciale, et qui ne produisaient pas les mêmes effets.

Eh bien! donc, puisqu'elles étaient, chez les Romains, des obligations *in solidum*, devons-nous les qualifier, chez nous, d'obligations *solidaires ?*

Plusieurs jurisconsultes l'ont fait ainsi; et ils en sont venus à distinguer deux espèces de solidarité : l'une, *parfaite et proprement dite;* l'autre, *imparfaite.* (Marcadé, t. IV, n° 593; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 658.)

Nous ne tarderons pas à apprécier cette distinction, que l'on applique aux articles même de nos Codes, où il est fait mention de l'obligation solidaire, et qui est devenue la base d'une théorie, que nous considérons comme arbitraire et inexacte (*infra*, n°s 266 et suiv.).

Mais nous voulons, dès à présent, protester contre la synonymie, d'où elle est issue.

Cette synonymie n'est, à notre avis, autre chose qu'une confusion!

Dans la terminologie française, les mots : *solidarité, solidaire*, représentent la même situation que les mots : *corréalité, corréale*, dans la terminologie romaine; c'est-à-dire une situation qui a reçu du législateur, en même

temps qu'une dénomination technique, certaines règles déterminées, qui lui sont propres.

Et nulle part, on n'aperçoit, dans les textes du législateur, la trace d'une distinction sur cette matière, qu'il a pourtant réglementée avec beaucoup de soin.

Aussi, doit-on refuser d'appeler solidaire, l'obligation, qui est simplement *in solidum.*

Et nous aimons mieux lui laisser le nom générique d'obligation *in solidum.*

D'où résulte, nous en convenons, un phénomène étrange !

Nos obligations *solidaires* ne sont elles-mêmes ainsi nommées, que parce qu'elles sont *in solidum ;* cette origine étymologique est aussi claire que la plupart de ces origines-là sont obscures !

Et, pourtant, voilà que, pour faire comprendre qu'une certaine obligation n'est pas *solidaire,* nous nous mettons à dire qu'elle est *in solidum !*

Faut-il s'étonner s'il est résulté souvent de tout ceci une grande confusion ! (Comp. *infra,* n° 287.)

121. — Mais quoi ! cette confusion, ne pourrait-on pas la faire disparaître, en restaurant les dénominations romaines, qui avaient si bien distingué ces deux espèces d'obligations ?

On l'a essayé ; et il n'y a pas longtemps que nous entendions, dans une leçon de concours, fort bien faite, sur le Code Napoléon, qualifier d'obligations *corréales,* nos obligations *solidaires.*

Nous nous garderons, pour notre part, d'une telle entreprise :

D'abord, parce qu'elle serait historiquement inexacte; la vraie corréalité des Romains n'existant pas chez nous;

Et puis, parce qu'elle serait téméraire !

Les mots : *solidaire, solidarité,* sont les seuls qui se trouvent employés dans la loi, dans la doctrine, et surtout dans la pratique.

On ne remonte pas un tel courant ; et il est souvent plus difficile de faire une révolution dans les mots que dans les choses !

122. — La solidarité peut exister soit entre les créanciers, soit entre les débiteurs.

Ce n'est pas qu'il y ait deux sortes de solidarité.

C'est toujours au fond la même théorie, appliquée de deux manières différentes : activement, dans le premier cas ; et passivement, dans le second cas ;

Avec les modifications seulement, dans l'un et dans l'autre, que chacune de ces applications spéciales peut exiger.

123. — Encore moins, serait-ce une nouvelle espèce de solidarité, s'il arrivait que ces deux applications fussent réunies dans une même hypothèse, où la solidarité active se trouverait, pour ainsi dire, face à face avec la solidarité passive : plusieurs créanciers solidaires d'un côté, contre plusieurs débiteurs solidaires de l'autre.

Leur juxtaposition ne saurait évidemment changer le caractère ni de l'une ni de l'autre; et nous n'aurions encore, dans cette solidarité en partie double, que la solidarité ordinaire, fonctionnant, en même temps, dans ses deux applications.

Cette combinaison d'ailleurs est assez rare, quoique elle ne soit pas impossible.

Cujas avait même pris soin de la prévoir dans les définitions excellentes qu'il donne de la solidarité active et passive, et que nous ne croyons pouvoir mieux faire que de citer, pour terminer cette exposition théorique :

« Duo vel plures rei stipulandi sunt, qui *ab uno vel a pluribus* eamdem rem vel pecuniam, ex uno eodem que contractu, suo nomine, singuli in solidum, et in partem virilem stipulati sunt.... »

« Duo vel plures rei promittendi, qui eamdem rem vel pecuniam, ex eadem causa, singuli in solidum et in partem virilem, suo nomine, *uni vel pluribus* stipu-

lantibus promiserunt. » (*Paratitla, in lib.* VIII, Code Justin.)

124. — Les rédacteurs de notre Code se sont occupés successivement :

De la solidarité entre les créanciers, dans le § 1 de cette section;

Et de la solidarité entre les débiteurs, dans le § 2.

Nous suivrons également cet ordre.

§ I.

De la solidarité entre les créanciers.

SOMMAIRE.

125. — La solidarité entre les créanciers est très-rare dans notre pratique française. — Par quels motifs.
126. — Suite.— Observation, en ce qui concerne les matières commerciales.
127. — Division.

125. — La solidarité entre les créanciers, qui était, chez les Romains, moins usitée que la solidarité entre les débiteurs, est beaucoup plus rare encore dans notre pratique française.

C'est que les avantages n'en sont pas considérables et qu'elle peut même offrir d'assez graves inconvénients.

En effet, est-elle stipulée, comme c'est l'ordinaire, dans l'intérêt des créanciers?

Le mandat réciproque, qu'elle confère à chacun d'eux, a sans doute ce double avantage qu'il assure la conservation du droit de tous par la diligence d'un seul et qu'il facilite le recouvrement de la créance.

Il est vrai!

Mais ce mandat a un caractère particulier; il est contractuel! et les causes qui, d'après l'article 2003, mettent fin au mandat ordinaire, ne sauraient lui être appliquées.

Pas de révocation de la part du mandant;

Pas de renonciation de la part du mandataire ;

Lors même que l'un aurait de sérieux motifs pour révoquer, ou l'autre pour renoncer !

Pas d'extinction, non plus, par la mort !

De sorte que le mandant engage d'avance éventuellement sa confiance envers un héritier inconnu, qui n'en sera pas digne peut-être, et que, s'il y a plusieurs héritiers, il aura plusieurs mandataires entre lesquels il lui faudra diviser son recours.

En vérité, les cocréanciers ne feraient-ils pas mieux de demeurer simplement conjoints, en se donnant seulement un mandat ordinaire, à l'effet de conserver et de recouvrer la créance commune ?

La solidarité, au contraire, a-t-elle été stipulée dans l'intérêt du débiteur ?

Cela est possible assurément ; de même, en effet, que la solidarité entre les debiteurs est stipulée dans l'intérêt du créancier, la solidarité entre les créanciers peut être stipulée dans l'intérêt du débiteur.

Elle offre, alors, à celui-ci l'avantage de n'être pas exposé à des poursuites multiples, qui augmenteraient les frais à sa charge, et de pouvoir se libérer lui-même, pour le tout, entre les mains d'un seul de ses créanciers.

Il est vrai !

Mais en revanche aussi, il pourra être poursuivi pour le tout, par chacun d'eux !

126. — Ce que nous venons de dire explique comment, en effet, cette modalité de l'obligation est très-rare de la part des créanciers.

Ajoutons, toutefois, que notre remarque s'applique spécialement aux matières civiles.

Il en est autrement dans les matières commerciales, où la solidarité entre les créanciers joue, au contraire, un rôle plus fréquent.

C'est ainsi que généralement, lorsqu'une obligation commerciale a été contractée envers plusieurs créanciers,

celui d'entre eux qui a le titre entre les mains, a le droit d'exiger le payement, pour le tout, du débiteur commun, quoique le titre ne porte point que chacun d'eux aura ce droit. (Comp. Pardessus, *Cours de droit commerc.*, t. II, n° 181 ; Duranton, t. XI, n° 166.)

Du moins, la volonté commune des parties doit-elle être bien plus facilement interprétée en ce sens dans les matières de commerce que dans les matières civiles.

Et cela est particulièrement vrai, lorsque les créanciers sont associés. (Comp. art. 22 Code de comm.; MM. Begouen et Bigot-Préameneu, dans la discussion au Conseil d'État Fenet, t. XIII, p. 71.)

127. — Nous examinerons, en ce qui concerne la solidarité entre les créanciers, les deux points suivants, à savoir :

A. — En quoi elle consiste; et dans quels cas elle a lieu;

B. — Quels en sont les effets.

A. — *En quoi consiste la solidarité entre les créanciers; et dans quels cas elle a lieu.*

128. — Quels sont les éléments constitutifs de la solidarité entre les créanciers?

129. — Suite.

130. — *a.* La solidarité envisagée dans les rapports des creanciers envers le débiteur.

131. — *b.* La solidarité envisagée dans le rapports des créanciers les uns envers les autres.

132. — La solidarité entre les créanciers ne peut dériver que de la volonté des parties. — Elle n'est jamais *légale.*

133. — Mais est-ce à dire qu'elle ne puisse être que *conventionnelle?* Peut-elle être *testamentaire?*

134. — La solidarité entre les créanciers ne se présume pas plus que la solidarité entre les débiteurs.

135. — Il n'en résulte pas, toutefois, que la loi exige à cet égard une formule sacramentelle. — Explication. — Exemples.

136. — Suite.

137. — Suite.

138. — Suite. — C'est surtout dans les contrats synallagmatiques qu'il est nécessaire que les parties expliquent bien, quand elles stipulent

la solidarité, si elles entendent l'appliquer, à la fois, activement et passivement, aux droits et aux obligations qui en naissent, ou seulement aux uns ou aux autres, soit activement, soit passivement.

128. — L'article 1197 est ainsi conçu :

« L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement du total de la créance, et que le payement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers. »

Quel est le fait que cette disposition représente et qu'elle a pour but de régler?

Pierre, Paul et Jacques se réunissent pour me prêter 12000 fr.

Il est convenu que chacun d'eux pourra me demander la totalité de la somme, sauf, entre eux, leur recours réciproque, et que, une fois que je l'aurai payée à l'un, je serai libéré envers les autres.

Voilà l'espèce de notre article; et il est facile d'y découvrir, pour ainsi dire, à première vue, les éléments constitutifs de la solidarité active; à savoir :

1° Plusieurs créanciers conjoints,... cocréanciers;

2° Une seule et même chose;

3° Un seul et même acte;

4° Le pouvoir, pour chacun des créanciers, de poursuivre le débiteur, pour le tout, comme s'il était seul créancier; pouvoir qui les transforme de simples créanciers *conjoints*, qu'ils auraient été sans cela, en créanciers *solidaires*. (Comp. *supra*, n° 101.)

129. — Eh bien! c'est de ces éléments que dérivent précisément les trois règles fondamentales, et volontiers

nous dirions les *trois clefs* de la théorie des obligations solidaires, sous le double aspect qu'elles présentent, c'est-à-dire :

Soit dans les rapports des créanciers avec le débiteur;

Soit dans les rapports des créanciers les uns envers les autres.

130. — *a.* Dans les rapports des créanciers envers le débiteur :

La première règle, c'est que chacun d'eux doit être considéré comme s'il était seul créancier; en ce sens du moins que chacun d'eux a le droit de demander au débiteur le payement du total de la dette.

Solidum singulis debetur, dit Justinien (Inst. *De duobus reis*, § 1).

La seconde règle, c'est que le payement fait une fois à l'un d'eux, libère le débiteur à l'égard de tous;

Car, s'il y a plusieurs créanciers, il n'y a qu'une seule créance... *una res vertitur.*

131. — *b.* Et voici la troisième règle, qui gouverne spécialement les rapports respectifs des créanciers les uns envers les autres, quoiqu'elle ne soit pas non plus sans influence sur les rapports de chacun d'eux envers le débiteur.

C'est que chacun d'eux, créancier seulement pour sa part, n'est, quant à ce qui l'excède, que le mandataire des autres créanciers, à chacun desquels il doit compte de sa part, lorsqu'il a reçu le tout.

Tels sont, à grands traits, les caractères distinctifs de la solidarité active.

132. — Il résulte du texte même de l'article 1197, que cette solidarité n'existe qu'en vertu d'un *titre.*

D'où nous devons conclure que, à la différence de la solidarité entre les débiteurs, qui dérive, dans certains cas, *de plein droit, d'une disposition de la loi* (art. 1202), celle-ci ne peut dériver que de la volonté des parties.

Elle n'est donc jamais *légale !*

133. — Mais ce n'est pas à dire qu'elle ne puisse être que *conventionnelle*.

Elle peut aussi être *testamentaire*.

Le mot : titre, que l'article 1197 emploie, est, en effet, générique ; et s'il est vrai que, dans notre sujet actuel, il se réfère spécialement aux conventions, il ne faut pas hésiter à l'appliquer aussi aux testaments.

Car le testateur, qui peut mettre à la charge de son héritier autant de legs distincts qu'il lui plaît d'instituer de légataires, peut, *a fortiori*, ne laisser à tous ses légataires ensemble qu'un seul et même legs, solidairement. (Comp. *supra*, n° 104; et notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 620.)

134. — Dans tous les cas, d'ailleurs, il faut que la clause du titre, convention ou testament, soit expresse (art. 1197).

Il en est de la solidarité active comme de la solidarité passive; elle ne se présume pas (art. 1202) :

Soit parce que, du côté des créanciers, elle produit un mandat réciproque dont les conséquences sont assez graves pour qu'il ne doive pas être équivoque;

Soit parce que, du côté du débiteur, elle peut constituer une aggravation, qui, dans le doute, ne saurait lui être imposée (art. 1162; comp. *supra*, n° 101).

235. — N'en concluons pas, pourtant, qu'aucune expression soit sacramentelle!

Ni qu'il soit nécessaire que le titre reproduise la formule, écrite dans l'article 1197, que *chacun des* créanciers aura le droit de *demander le payement du total de la créance*.

Ce que la loi exige seulement, d'accord avec la raison, c'est que l'intention des parties d'établir la solidarité entre les créanciers *résulte clairement de l'acte* (arg. de l'art. 1273; comp. art. 843 ; et notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 232).

Il faudra donc admettre les équipollents, dès que

l'équipollence sera parfaite. (Comp. Duranton, t. XI, n° 168; Rodière, n° 4.)

Voici un titre, qui, au lieu de reproduire la périphrase de l'article 1197, se borne à dire que les créanciers, au profit desquels l'obligation est contractée, seront solidaires!

N'est-ce pas tout aussi clair?

136. — Ou bien, le titre porte que *le débiteur fera le payement du total de la créance à l'un ou à l'autre des créanciers.*

C'est directement le contraire de ce que porte l'article 1197!

Nous en convenons ; c'est la phrase renversée.

Mais ce n'en est pas moins encore la solidarité expressément stipulée.

De cela, en effet, que le débiteur est tenu de payer le total à chacun des créanciers, est-ce qu'il ne résulte pas que chacun des créanciers peut demander le payement du total au débiteur?

Assurément oui!

Or, dit fort bien M. Larombière, il est indifférent que la solidarité soit définie par les obligations du débiteur plutôt que par les droits des créanciers, les droits de ceux-ci étant corrélatifs aux obligations de celui-là. (T. II, art. 1197, n° 19.)

Dans un acte, par lequel Pierre et Paul vendent à Jacques une chose, qui leur est commune, ils stipulent simplement que *l'acheteur payera le prix de la vente à l'un ou à l'autre.*

Les deux vendeurs sont-ils ainsi constitués créanciers solidaires du prix?

Vinnius n'en faisait aucun doute :

« *Cuilibet vel utrique nostrum dare spondes? dicam duorum reorum contractam obligationem.* » (Inst. *De duobus reis*, princ.)

Et sa décision nous paraît toujours vraie.

137. — Sous la condition, bien entendu, qu'il résulte, en effet, du titre et des circonstances, que les parties ont eu l'intention d'établir une créance conjointe et solidaire.

Car il se pourrait que ces mots : *à l'un ou à l'autre*, ou *à celui des deux, que le débiteur voudra choisir.... illi aut illi... utri debitor vellet...*, exprimassent, au contraire, dans l'intention des parties, une créance disjointe et conditionnelle, dont le profit devrait appartenir exclusivement à celui-là seul, en effet, que le libre choix du débiteur voudrait en faire le bénéficiaire. (Comp. *supra*, n° 104.)

Comme pareillement la disjonctive *ou*, pourrait exprimer seulement l'indication d'une personne pour recevoir le payement. (Comp. *infra*, n° 14 ; et le tome I de ce *Traité*, n° 245.)

138. — Ceci prouve que les parties ne sauraient apporter, dans ces sortes de clauses, trop de clarté et de précision, afin de prévenir les incertitudes d'une interprétation toujours délicate !

C'est particulièrement dans les contracts synallagmatiques, qu'il importe de ne pas laisser, sur ce point, d'obscurités.

Ces contrats, en effet, produisant des obligations réciproques, c'est-à-dire, pour chacune des parties, des droits et des obligations, il est nécessaire qu'elles expliquent bien, quand elles y stipulent la solidarité, si elles entendent l'appliquer, à la fois, activement et passivement, aux droits et aux obligations, ou ne l'appliquer qu'aux uns ou autres, soit activement, soit passivement.

Pierre et Paul vendent *solidairement* à Jacques une chose qui leur appartient.

Où est la solidarité ?

Dans leur *promesse* seulement ?

Ou aussi dans leur *stipulation ?*

Qu'elle soit dans leur promesse, cela est d'évidence;

et ils seront, sans aucun doute, débiteurs solidaires des obligations qui résultent, pour eux, du contrat de vente, de la délivrance et de la garantie.

Mais la solidarité est-elle aussi dans leur stipulation? et seront-ils créanciers solidaires du prix?

Duranton incline à le croire ainsi, et qu'une vente faite *solidairement*, sans autre explication, engendre la double solidarité, active et passive (t. XI, n° 169).

Tel ne serait pas, toutefois, notre sentiment; et nous serions porté, en thèse générale, à n'appliquer la solidarité que passivement, c'est-à-dire seulement aux obligations contractées par les vendeurs.

Notre savant collègue M. Rodière remarque, suivant nous, avec raison, qu'en se déclarant solidaires, les vendeurs se sont donné, l'un à l'autre, le mandat d'exécuter la vente, mais que ce mandat n'emporte pas nécessairement celui de toucher le prix (n° 5; comp. Toullier, t. VII, n° 23; Troplong, *du Mandat*, n° 323; Larombière, t. II, art. 1197, n° 18).

139. — La réciproque serait-elle vraie?

Et faudrait-il admettre la même règle d'interprétation dans le cas où plusieurs acquéreurs auraient déclaré acheter solidairement?

Débiteurs solidaires du prix envers le vendeur, ils le seraient certainement.

Mais seraient-ils, envers lui, créanciers solidaires des obligations de délivrance et de garantie?

Non, suivant M. Larombière (t. II, art. 1197, n° 5).

Oui, suivant M. Rodière, qui remarque que « le mandat d'acheter emporte implicitement celui de recevoir la délivrance »; d'où il conclut que le vendeur, en ce point, peut faire valablement la délivrance totale à l'un des acheteurs, sans le concours de l'autre.

Tel serait aussi notre sentiment en thèse générale, toujours, bien entendu, sous la réserve des circonstances particulières du fait.

140. — Pierre et Paul *m'ont promis solidairement de me prêter* 10 000 *francs dans deux mois.*

Cette promesse de prêt est solidaire; et le jour venu où elle devra être réalisée, il faudra bien que l'un ou l'autre me prête, à lui seul, le total de cette somme.

Oui !

Mais, la somme une fois prêtée, la créance résultant de ce prêt sera-t-elle solidaire au profit de Pierre et de Paul?

Ce n'est pas là peut-être une conséquence nécessaire de la formule telle que nous venons de la supposer.

Et, s'il n'y avait, en effet, rien autre chose, nous ne nous étonnerions pas que l'on vînt dire que cette clause n'est pas suffisamment expresse, et que la solidarité stipulée pour réaliser un engagement, ne s'étend pas, de plein droit, à la créance qui résulte de l'engagement une fois réalisé. (Comp. Rodière, n° 6.)

Prenons garde pourtant de nous montrer trop rigoureux et de méconnaître l'intention vraisemblable des parties.

Aussi, faisons-nous encore ici nos réserves, pour décider, en fait, s'il y avait lieu, que la solidarité existe au profit des deux prêteurs.

141. — Est-ce la peine d'ajouter qu'on ne doit pas confondre avec une stipulation de solidarité active *l'indication, faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui!* (Art. 1277.)

Ce tiers, en effet, n'est pas créancier du tout!

Il n'est, disaient les Romains, qu'un *adjectus solutionis gratia,* qu'il faut traiter comme un mandataire auquel les articles du titre du mandat, et notamment l'article 2003, sont en général applicables. (Comp. *supra*, n° 137; le tome I de ce *Traité,* n° 245; Rodière, n° 7.)

B. — *Quels sont les effets de la solidarité entre les créanciers?*

SOMMAIRE.

142. — Des effets de la solidarité entre les créanciers, dans le droit romain.
143. — Dans notre ancien droit français.
144. — Exposition des effets généraux de la solidarité entre les créanciers, d'après notre Code.
145. — *a*. La présomption est que la créance solidaire appartient à chacun des créanciers pour sa part ; et, par conséquent, celui qui en a reçu le payement intégral, se trouve, de plein droit, soumis à une action en recours de la part de ses cocréanciers.
146. — Suite.
147. — Suite.
148. — Suite.
149. — Suite.
150. — Suite.
151. — *b*. Chacun des créanciers solidaires, qui est libre sans doute de disposer, comme bon lui semble, de sa part dans la créance, ne peut pas, au contraire, disposer de la part des autres créanciers, dont son mandat lui confère seulement le pouvoir de poursuivre le recouvrement.
152. — Suite. — Exposition.
153. — Chacun des créanciers solidaires peut demander au débiteur le payement du total de la créance. — Conséquences.
154. — Le même droit appartient aux héritiers du créancier solidaire décédé. — Observation.
155. — Chacun des créanciers solidaires, qui peut recevoir le payement pour le tout, peut-il aussi le recevoir pour partie?
156. — Suite. — Le créancier, qui a reçu le payement d'une partie de la créance, doit-il faire compte de cette partie à chacun de ses cocréanciers?
157. — C'est un droit, pour chacun des créanciers solidaires, de demander le payement du total de la créance ; ce n'est pas une obligation. — Explication. — Conséquences.
158. — Le débiteur, de son côté, peut offrir aussi le payement du total de la créance à chacun des créanciers.
159. — Mais le débiteur n'a plus cette faculté, dès qu'il a été prévenu par les poursuites de l'un des créanciers. — C'est alors à celui-ci seulement qu il doit faire le payement. — Explication.
160. — *Quid*, si tous les créanciers agissent en même temps et se réunissent dans une poursuite commune?
161. — *Quid*, si chaque créancier a intenté, le même jour, des poursuites séparées ?
162. — L'un des créanciers ne peut obtenir ce droit de priorité, par sa

poursuite, qu'autant que cette ponrsuite est régulière, sous le double rapport du fond et de la forme.

163. — Suite.

164. — Suite. — Quelle doit être la forme de ces poursuites ?

165. — Le débiteur prévenu par les poursuites de l'un des créanciers, ne pourrait pas payer le total de la créance à l'autre.

166. — Mais pourrait-il au moins payer encore valablement à l'autre la moitié de la créance, sur le fondement que le bénéfice de la créance se partage entre les créanciers ?

167. — Chacun des créanciers solidaires peut faire, au nom des autres, tous les actes qui tendent à conserver la créance et à en assurer le payement. — En conséquence, tout acte qui interrompt la prescription, à l'égard de l'un des créanciers, profite aux autres créanciers.

168. — Suite.

169. — Suite.

170. — En est-il de la suspension de la prescription comme de l'interruption ? — La prescription, par exemple, qui est suspendue en faveur du créancier mineur, est-elle aussi suspendue en faveur du créancier majeur ?

171. — Suite.

172. — La demande formée par l'un des créanciers solidaires fait courir les intérêts au profit de tous.

173. — Il en est de même de la convention par laquelle l'un des créanciers aurait stipulé que la créance produirait des intérêts.

174. — *Quid*, si l'un des créanciers solidaires avait stipulé seul des sûretés pour le recouvrement de la créance, une caution, par exemple, ou une hypothèque ?

175. — Suite.

176. — La remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

177. — De même, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier. — Explication.

178. — Suite.

179. — Quel est précisément l'effet de la remise qui a été faite par l'un des créanciers solidaires au débiteur ?

180. — Suite. — *Quid*, si l'un des créanciers, de concert avec le débiteur, avait déguisé une remise sous l'apparence d'un payement ?

181. — Suite.

182. — Résumé. — Exposition. — Transition.

183. — 1° L'un des créanciers solidaires peut-il faire novation ? — transiger ? — ou compromettre, au nom de ces cocréanciers ?

184. — Suite.

185. — Suite.

186. — Suite.

187. — Suite.

188. — 2° L'un des créanciers solidaires peut-il faire remise des sûretés de la créance, d'une caution, d'une hypothèque ? — ou accorder un terme au débiteur ?

189. — 3° Quel est l'effet de la chose jugée entre l'un des créanciers solidaires et le débiteur ?

142. — En droit romain, chacun des *correi stipulandi* était considéré individuellement comme seul et unique créancier pour son propre compte.

Dans ses rapports avec le débiteur, non-seulement il pouvait demander le payement du total de la créance ; mais il avait le droit d'en disposer par une remise ou autrement ; de sorte que la créance éteinte, de quelque manière que ce fût, dans la personne de l'un d'eux, se trouvait, du même coup, éteinte dans la personne de tous les autres.

« *Ideo que petitione, acceptilatione unius, tota solvitur obligatio.* » (L. 2, ff., *de Duobus reis*).

« *Ex duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit.* » (L. 28, princ. ff., *de Jurejurando*).

Dans ses rapports avec ses cocréanciers, celui qui avait reçu le total de la créance n'était pas tenu de le partager avec les autres. (Comp. L. 6, princ. ff., *Ad legem Falcidiam.*)

Telle était, du moins, la règle générale, qui dérivait surtout de la forme rigoureuse de la *stipulation* par laquelle la *corréalité* s'établissait.

Ce qui n'empêchait pas toutefois que les autres *correi* eussent le droit de demander leur part à celui qui avait reçu le tout, lorsqu'ils pouvaient prouver que, par suite d'une convention ou d'une communauté d'intérêts, une

action quelconque leur compétait à cet effet, ... *pro socio, mandati, communi dividundo.* (Comp. L. 16, ff., *de Legat.*, 2°.)

143. — Notre ancien droit français avait suivi la doctrine romaine, en ce sens, du moins, qu'il accordait à chacun des créanciers solidaires, individuellement, les mêmes droits envers le débiteur, que s'il était seul créancier.

C'est ainsi que Pothier enseigne que « de même que le payement du total fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers tous, de même la remise du total, qui tient lieu de payement, faite par l'un des créanciers, doit le libérer envers tous; » et il invoque, en effet, la loi romaine que nous venons de citer (n° 260).

144. — Très-différente est la doctrine moderne!

Il résulte, en effet, des articles que nous allons examiner, que chacun des créanciers solidaires ne doit pas être considéré individuellement comme s'il était seul créancier, ni dans ses rapports avec ses cocréanciers, ni dans ses rapports avec le débiteur.

Tout au contraire!

Chacun d'eux n'est considéré comme créancier que pour sa part; et il est, pour les parts de ses cocréanciers, considéré seulement comme un mandataire, à l'effet d'en opérer le recouvrement et de conserver leurs droits.

D'où résulte cette double conséquence :

a. Que la présomption, chez nous, est que le bénéfice de la créance commune est partageable entre les créanciers, et que celui d'entre eux qui a reçu le total, doit en faire la répartition entre les autres;

b. Que chacun des créanciers solidaires, qui est libre de disposer de sa part comme bon lui semble, ne peut pas disposer de la part de ses cocréanciers, dont son mandat lui confère seulement le pouvoir de recevoir le payement.

145 — *a.* Nous disons, d'abord, que la présomption

est que la créance solidaire appartient à chacun des créanciers pour sa part; et que, par conséquent, celui qui en a reçu le payement intégral, se trouve, de plein droit, soumis à l'action en recours de ses cocréanciers.

Où est le texte qui crée cette présomption?

Est-ce l'article 1197, d'après lequel « l'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement du total de la créance, et que le payement fait à l'un d'eux libère le débiteur, ENCORE *que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers?*

Cette conséquence n'en paraît, il faut bien le dire, nullement dériver; et nous convenons que la présomption, que nous voulons fonder, n'aurait pas une base bien solide, si elle ne reposait que sur ce texte; car la formule en est énonciative plutôt que dispositive; et même, elle semble présenter seulement comme un accident, comme une exception, le cas où le bénéfice de l'obligation serait partageable et divisible entre les divers créanciers; d'autant plus que l'orateur du gouvernement, M. Bigot-Préameneu, s'est exprimé de façon à autoriser une interprétation restrictive :

« Cette faculté donnée à chacun des créanciers, dit-il, de demander le payement total, *et la convention qu'ils auraient faite, en même temps, de diviser entre eux le bénéfice de l'obligation*, n'ont rien d'incompatible. » (Fenet, t. XIII, p. 248.)

D'où il paraîtrait résulter qu'une convention *ad hoc* serait nécessaire, pour que le bénéfice de l'obligation dût être partagé entre les divers créanciers, après que le payement en aurait été fait à l'un d'eux.

Et voilà bien, en effet, la conséquence que Duranton en avait d'abord déduite dans son *Traité des contrats*, où il professe que, en droit français comme en droit romain, le bénéfice de la créance solidaire n'est pas, en

règle générale et de plein droit, partageable entre les divers créanciers (t. II, nos 542-543).

Mais cette doctrine était évidemment inadmissible; aussi, le savant auteur s'en est-il départi dans son *Cours de droit français*, où il professe la doctrine contraire, en des termes, il est vrai, un peu trop hésitants encore, et qui feraient croire qu'il ne s'y était pas bien rallié (t. XI, nos 170-173).

146. — Il faut, au contraire, fermement reconnaître cette présomption, qui forme le droit commun de nos créances solidaires; et, si ce n'est pas l'article 1197 qui l'établit, elle est fondée sur d'autres textes et sur des raisons juridiques excellentes :

1° Qu'elle soit fondée sur les textes de notre Code, on ne saurait le nier, quand on voit que, d'après l'article 1198 :

« La remise, qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier. »

Et que, d'après l'article 1365 :

« Le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. »

Dispositions toutes modernes, et qui seraient inexplicables si chacun des créanciers n'était pas comptable, envers ses cocréanciers, de la part de chacun d'eux dans la créance commune. (Comp. *supra*, n° 142-143.)

2° C'est que, en effet, cette présomption de notre droit nouveau, que la créance solidaire est commune et que chacun y a part, c'est, disons-nous, que cette présomption est infiniment plus conforme à la vérité pratique et à la raison. Est-ce que la solidarité, quelle qu'elle soit, active ou passive, ne dérive pas de relations réciproques, d'une communauté d'affaires ou d'intérêts, société, indivision, cautionnement ou mandat?

Évidemment oui! et tous les textes de la loi le supposent. (Comp. 1633, art. 1887, 2002, etc.)

La *solidarité*, c'est la *conjonction*, accompagnée d'une certaine modalité qui, précisément, en augmente la puissance, au lieu de la diminuer!

Tandis que la doctrine, que nous combattons, ferait disparaître la conjonction elle-même, ce caractère élémentaire de la solidarité, pour faire de nos créances solidaires des créances disjointes, comme elles étaient, en droit romain, créances singulières, qui aboutissaient à ce résultat, en effet, singulier et inique, que le bénéfice total de l'obligation y devenait le prix de la course!

3° Ajoutons que la présomption d'une communauté d'intérêts, et par suite le caractère divisible et partageable de l'obligation, est formellement décrété par les articles 1213 et 1214 quant à la solidarité entre les codébiteurs; or, les mêmes motifs qui commandent cette présomption dans la solidarité passive, la commandent aussi dans la solidarité active.

4° Mais alors quelle explication donner de la formule de l'article 1197?

Une explication bien simple, à savoir : que les rédacteurs ont voulu exprimer seulement cette idée que le droit, pour chacun des créanciers, de demander le payement du total au débiteur, *n'est pas incompatible* avec l'obligation où il se trouve d'en partager le bénéfice avec ses cocréanciers;

Pas plus, réciproquement, que le partage du bénéfice de la créance entre les créanciers n'est incompatible avec le droit, pour chacun d'eux, d'en demander le payement total au débiteur.

Telle paraît avoir été, en effet, l'idée de M. Bigot-Préameneu, c'est-à-dire finalement que ces mots de l'article 1197 :

« *Encore que....* doivent être entendus comme s'il y avait : *quoique le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible.* (Comp. Delvincourt, t. II, p. 502; Toullier, t. III, n° 529; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 13;

Colmet de Santerre, t. V, n° 128 *bis*, 11; Rodière, n° 32; Larombière, t. II, art. 1197, n° 20.)

147. — Cette division de la créance solidaire doit s'opérer, en général, par portions égales et viriles :

Soit dans les rapports des créanciers envers le débiteur, à l'effet de déterminer la part que chacun peut, de son chef et en son nom, sacrifier par une remise ou autrement (arg. de l'art. 1863);

Soit dans les rapports respectifs des créanciers, les uns envers les autres, à l'effet de déterminer la part, qui doit revenir à chacun d'eux.

Car, telle est la règle générale, que lorsque plusieurs personnes sont intéressées dans une affaire commune, le droit de chacune d'elles se trouve, par la force des choses, limité par le même obstacle, à savoir : par le droit semblable et réciproque de l'autre; d'où résulte nécessairement, entre elles, l'égalité de la répartition.

148. — Cette règle d'ailleurs n'est pas absolue; elle ne procède que de l'interprétation de la volonté vraisemblable des parties, et du silence qu'elles ont gardé.

D'où il suit qu'elle doit fléchir en présence de la manifestation d'une volonté contraire, qui témoignerait :

Soit que la division de la créance doit s'opérer par portions inégales, et que l'un, par exemple, en a les deux tiers, et l'autre seulement le tiers;

Soit même qu'il n'y a lieu à aucune division, et que la créance appartient intégralement à un seul des créanciers (arg. de l'art. 1216; comp. Toullier, t. III, n° 727; Duranton, t. XI, n° 170; Larombière, t. II, art. 1197, n° 20).

149. — Mais une telle convention constitue une exception au droit commun.

Il faut donc qu'elle soit prouvée par ceux qui l'invoquent :

Soit par le débiteur auquel l'un des créanciers, par exemple, aurait fait remise de sa part, et qui prétendrait

que la *part réelle* de ce créancier est supérieure à sa *part virile ;*

Soit par celui des créanciers, qui prétendrait contre ses cocréanciers, que *sa part réelle* est plus forte que *sa part virile*, ou même que la créance tout entière lui appartient.

Ce n'est plus là, comme on voit, qu'une question de fait, à décider par interprétation des termes de la convention et des circonstances particulières de l'espèce.

Ajoutons, toutefois, en droit, que la preuve ne pourrait être faite, dans l'un et l'autre cas, que suivant les règles générales en matière de preuve, et notamment que la preuve testimoniale et les présomptions ne seraient admissibles qu'autant qu'il s'agirait d'une chose d'une valeur moindre de cent cinquante francs, à moins qu'il n'existât un commencement de preuve par écrit (comp. Rodière, n° 32).

150. — M. Larombière remarque que l'obligation solidaire est susceptible d'accroissement; et que chacun des créanciers, étant réputé créancier de la totalité, sauf partage du bénéfice avec les autres créanciers, si l'obligation est déclarée nulle à l'égard de l'un ou de quelques-uns d'entre eux, les parts de ceux-ci accroissent aux autres, pourvu que cette annulation partielle n'entraîne pas une diminution correspondante dans l'obligation (t. II, art. 1197, n° 21).

Nous avons déjà fait pressentir cette différence entre l'obligation solidaire et l'obligation simplement conjointe (*supra*, n° 111).

Il faut remarquer, pourtant, que la pratique n'en offre guère d'exemples.

Par cela même, en effet, que le bénéfice de la créance solidaire est partageable et divisible entre les divers créanciers, ce qui arrivera le plus ordinairement, c'est que l'annulation de la part de l'un des stipulants dans la

créance active, diminuera d'autant la dette passive du promettant.

151. *b.* — Nous avons dit, en second lieu, que chacun des créanciers solidaires, qui est libre de disposer, comme bon lui semble, de sa part dans la créance, ne peut pas, au contraire, disposer de la part des autres créanciers, dont son mandat lui confère seulement le pouvoir de poursuivre le recouvrement (*supra*, n° 144).

Telle est, en effet, la théorie du Code :

1° En son nom et pour son compte, chacun des créanciers solidaires est maître absolu de la part, qui lui appartient dans la créance;

2° Au nom de ses cocréanciers, et pour leur compte, il n'est qu'un mandataire chargé de poursuivre le payement et de conserver leurs droits.

152. — Cette théorie toutefois, notre Code ne la révèle, si l'on peut dire ainsi, que sommairement, par un petit nombre de dispositions.

Nous allons d'abord examiner ces dispositions, dans lesquelles le législateur, considérant chacun des créanciers solidaires comme mandataire de ses cocréanciers, lui permet certains actes, et lui en défend certains autres; en même temps qu'il détermine l'effet, quant à la créance solidaire, de quelques-uns des modes d'extinction des obligations.

Ensuite, nous entreprendrons de déterminer, d'après l'analogie des textes et d'après les principes généraux, quelle est l'étendue du mandat réciproque des créanciers solidaires, quant aux autres actes et aux autres modes d'extinction des obligations que le législateur n'a pas prévus.

153. — Et d'abord, l'article 1197 autorise chacun des créanciers solidaires à demander le payement du total de la créance.

Il le fallait bien!

Singulis solidum debetur.

N'est-ce pas l'effet essentiel et le plus caratéristique de la solidarité, d'être exclusive du bénéfice de division et de discussion ? (Comp. art. 1203.)

Chacun des créanciers peut donc, si le titre est exécutoire, contraindre le débiteur pour le total ;

Comme il peut, si le titre n'est pas exécutoire, assigner le debiteur en justice, afin d'obtenir également pour le total, condamnation contre lui (comp. *infra*, nos 186-188).

En conséquence, aussi, le créancier, qui reçoit le total, peut donner au débiteur une valable décharge, de manière qu'il soit libéré, aussi bien qu'envers celui qui a tout reçu, envers celui qui n'a rien reçu !

154. — Ce droit, qui appartient au créancier solidaire, appartient-il de même à l'héritier du créancier solidaire décédé ?

Assurément oui ! puisqu'il s'agit ici d'un mandat irrévocable, qui n'est pas éteint par la mort. (Comp. *supra*, n° 125.)

Remarquons, toutefois, que, si le créancier décédé a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux ne peut demander au débiteur que la part, qui lui revient, d'après sa vocation héréditaire, dans la créance solidaire.

La créance solidaire elle-même appartient bien sans doute à la succession.

Mais la succession se divisant entre les héritiers, eu égard à leur vocation héréditaire, il s'ensuit que la créance solidaire subit nécessairement aussi la même division.

L'obligation solidaire n'est pas, en effet, pour cela, indivisible. (Comp. art. 1219, 1220, 2249; Pothier, n° 324; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 12; Leroux de Bretagne, *Nouveau Traité de la Prescription*, t. I, n° 574.)

155. — Chacun des créanciers solidaires qui peut recevoir le payement pour le tout, peut-il aussi le recevoir pour une partie ?

L'un d'eux, par exemple, a reçu du débiteur un à-compte, la moitié ou le tiers de la créance.

Ce payement partiel diminue-t-il d'autant la créance, à l'égard de ses cocréanciers?

Nous le croyons, en général.

De ce que l'article 1197 lui donne *le droit de demander le payement du* TOTAL *de la créance*, on ne saurait conclure qu'il n'ait pas également le droit de demander, s'il y a lieu, le payement par partie.

Car tel est l'effet de la solidarité, que chacun des créanciers est à considérer comme seul créancier, en tant qu'il s'agit d'opérer le recouvrement de la créance.

Or, il se pourrait, en raison des circonstances, du crédit chancelant et de la solvabilité douteuse du débiteur, que cette réception d'un payement partiel fût, dans l'intérêt de tous, un acte de sagesse.

Tel est aussi l'avis de M. Rodière, qui ajoute que « dans les principes de notre droit, plus larges, en matière de mandat, que ceux du droit romain, il semble équitable de reconnaître au mandataire (chargé de toucher une somme) le pouvoir de recevoir des à-comptes, à moins que les termes de la procuration n'indiquent le contraire » (n° 10).

156. — De la solution qui précède, il résulte que celui des créanciers, qui a reçu le payement d'une partie de la créance, doit faire compte de cette partie à chacun de ses cocréanciers, dans la même proportion suivant laquelle il ferait compte à chacun d'eux du total, s'il l'avait reçu.

Cela est évident, puisque ce payement partiel peut leur être opposé à eux-mêmes par le débiteur.

Supposons, pourtant, que c'est pour lui seul individuellement que l'un des créanciers a reçu un à-compte; il a reçu, par exemple, tout juste sa part virile; et il en a donné quittance au débiteur *pour sa part*.

Sera-t-il, même dans ce cas, tenu de diviser ce payement entre ses cocréanciers?

Assurément, suivant nous!

La solidarité établit, en effet, entre les créanciers, une sorte de société, qui rend applicables les dispositions de l'article 1849 :

« Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance *pour sa part.* »

C'est que la bonne foi s'oppose à ce que l'un des cocréanciers solidaires, lié comme il l'est à ses cocréanciers, par la communauté d'intérêt qui les unit, cherche à faire sa condition meilleure aux dépens de celle des autres.

Aussi, ne pensons-nous pas qu'il y ait lieu de distinguer si le débiteur qui a payé à l'un des créanciers sa part, est ensuite devenu insolvable ou s'il est encore solvable. Les autres créanciers n'en auraient pas moins, dans ce dernier cas, le droit de demander leur part dans l'à-compte au créancier qui l'a reçu, s'ils y avaient intérêt. (Comp. Rodière, n° 33; Larombière, t. II, art. 1197, n° 20.)

157. — Objectera-t-on que c'est seulement *un droit*, ou plutôt même une simple *faculté*, pour chacun des créanciers solidaires, de demander le payement du total, et non pas une obligation, ni un devoir?

Nous en convenons!

Et c'est, en effet, notre sentiment que le créancier solidaire ne serait pas responsable, généralement, envers ses cocréanciers, pour n'avoir pas demandé, à temps, le payement de la créance, qui serait devenue ensuite irrecouvrable par l'insolvabilité du débiteur, ou qui se serait éteinte par la prescription.

Non! aucun d'eux n'en serait responsable.

Ou, si l'on veut, ce qui revient au même, ils en seraient tous également responsables les uns envers les autres; de sorte que ces responsabilités réciproques de tous s'entre-détruisant, aboutiraient à l'irresponsabilité individuelle de chacun!

Nous convenons donc qu'il est facultatif au créancier solidaire d'agir ou de ne point agir contre le débiteur commun, à moins qu'il n'ait été chargé, par une clause particulière, de recouvrer la créance.

Mais ce que nous ajoutons, c'est que, lorsque l'un des cocréanciers agit contre le débiteur, ce ne peut être que dans l'intérêt commun et solidaire, et non pas dans son intérêt particulier et individuel!

Dans un nouveau *Traité de la Prescription*, un auteur dont la science, autant que la magistrature, regrette aujourd'hui la perte, M. Leroux de Bretagne, s'exprime ainsi :

« Si, au lieu d'agir dans l'intérêt commun, l'un des créanciers solidaires n'agit que dans son intérêt individuel, s'il ne demande et n'obtient que la part qui lui revient personnellement dans la créance, il n'interrompt pas la prescription en faveur des autres créanciers. » (T. I, n° 572.)

Cela veut-il dire que l'un des créanciers solidaires pourrait, en effet, n'agir que dans son intérêt individuel, et que la prescription, qu'il n'aurait interrompue que pour sa part, ayant éteint la créance pour le reste, ses cocréanciers n'auraient droit à aucun recours contre lui pour la part qu'il aurait conservée par son interruption?

Telle paraît la pensée de l'auteur.

Mais si elle est telle, en effet, nous ne saurions y adhérer; et, à notre avis, l'interruption de la prescription, même seulement pour une partie de la créance, devrait profiter à tous les créanciers.

158. — Puisque chacun des créanciers peut deman-

der le payement du total de la créance au débiteur, et lui en donner valablement quittance, il s'ensuit que le débiteur, de son côté, peut offrir le payement du total à chacun des créanciers.

Telle est, en effet, la conséquence qu'en déduit l'article 1198, premier alinéa :

« Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.... »

C'est, bien entendu, le *total*, que le débiteur peut payer à celui des créanciers qu'il lui convient de choisir; il ne pourrait payer à l'un d'eux, ni même à chacun d'eux, sa part, sans méconnaître et sans détruire le caractère solidaire de la créance!

Mais aussi, dès qu'il veut payer à l'un ou à l'autre d'entre eux le total, aucun d'eux ne peut se refuser à le recevoir; et ce serait le droit du débiteur d'obtenir sa libération, en lui faisant, à lui seul, des offres réelles suivies de consignation (comp. Rodière, n° 12).

159. — Cette faculté d'option, de la part du débiteur, est soumise, toutefois, à une restriction importante.

Nous venons de voir que, d'après l'article 1198, il ne peut plus payer à l'un ou à l'autre des créanciers, à son choix, *dès qu'il a été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.*

Ce n'est plus, alors, qu'à celui-ci seulement qu'il peut payer.

Il en a toujours été ainsi.

« *Ex duobus reis stipulandi*, disait Gaius, *si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam, nihil agit.* » (L. 16, ff. *de Duobus reis.*)

Pourquoi?

L'explication s'en rattache sans doute, dans l'ancien droit romain, à l'effet extinctif de la *litis contestatio*, d'où résultait une sorte de novation de la créance corréale.

Mais cette explication ne serait pas, bien entendu, présentable dans notre pratique judiciaire française !

Aussi n'est-elle pas la seule ni, à beaucoup près, la meilleure !

M. Demangeat remarque, avec raison, que « cela peut très-bien exister, même indépendamment de cet effet extinctif, et que, en conséquence, la décision donnée par Gaius a pu être insérée sans changement dans le *Digeste*, bien que, à l'époque de Justinien, le système formulaire et l'effet particulier attaché à la *litis contestatio*, dans ce système, eussent disparu depuis longtemps. » (*Des Obligations solidaires en droit romain*, p. 368.)

C'est que des motifs juridiques, d'un caractère permanent, justifient la restriction que notre texte apporte à la faculté d'option de la part du débiteur :

1° Est-ce que, en effet, cette préférence au profit du créancier qui a prévenu le débiteur, par sa poursuite, ne dérive pas elle-même précisément du droit égal et réciproque qui appartient à chacun d'eux de le poursuivre ?

N'est-il pas tout à la fois logique et équitable que l'exercice de ce droit soit dévolu à celui qui l'a mis le premier en mouvement, et que, puisque c'est lui qui a été le plus diligent, ce soit lui aussi qui recueille le profit de sa diligence !

N'y aurait-il pas souvent, de la part du débiteur, une fraude à porter à un autre le payement que l'un des créanciers lui a demandé ?

2° On a donc considéré très-justement que cette initiative de l'un des créanciers constituait, pour ainsi dire, une prise de possession de la créance, et devait équivaloir à une sorte de saisie-arrêt (arg. des art. 1242, 1298 ; comp. le t. II de ce *Traité*, n° 120) ;

3° Ajoutons qu'il peut y avoir un intérêt sérieux pour le créancier qui exerce le premier la poursuite, à ce que le débiteur ne se libère pas dans les mains de ses cocréanciers.

Cet intérêt, il est vrai, n'a pas l'importance qu'il avait chez les Romains, où le profit tout entier de la créance appartenait, en règle générale, à celui des créanciers qui l'avait reçu !

Mais, quoique, chez nous, au contraire, le bénéfice de la créance soit partageable, il n'est pas moins évident que le créancier peut être fort intéressé à ce que le payement ne soit pas fait à son cocréancier, insolvable peut-être, et contre lequel il n'aurait, pour sa part, qu'un recours stérile.

Ne se peut-il pas aussi que ce cocréancier soit lui-même, en vertu d'autres causes, son débiteur d'une somme égale au montant de sa part dans la créance solidaire, et qu'il veuille lui opposer la compensation?

Mieux vaut tenir que *courir!*

Autant de motifs, qui justifient parfaitement la disposition de l'article 1198.

160. — Mais voilà que tous les créanciers agissent en même temps, et se réunissent dans une poursuite commune.

Ils le peuvent!

Mais alors la position du débiteur envers eux ne sera pas changée; et il pourra, *après* la poursuite comme *avant*, payer à celui d'entre eux qu'il lui conviendra de choisir; car on ne saurait dire qu'il a été prévenu par les poursuites *de l'un d'eux*, puisqu'ils l'ont tous, en même temps, poursuivi.

Et c'est, bien entendu, le *total* qui devra être payé, en cas pareil, à l'un ou à l'autre, quoiqu'ils soient tous, pour ainsi dire, en présence devant lui.

Le débiteur ne pourrait contraindre ni l'un ni l'autre des créanciers à recevoir sa part divisément.

Pas plus que ni l'un ni l'autre des créanciers ne pourrait contraindre le débiteur à lui payer divisément sa part.

En effet, si c'est dans l'intérêt des créanciers que la

solidarité a été stipulée, il est évident que le débiteur ne peut pas fractionner le payement.

Mais pourtant chacun d'eux lui demande, en même temps, le payement.

Il est vrai !

Mais chacun d'eux le lui demande, suivant son droit, *pour le tout !*

Et de même, si la solidarité entre les créanciers avait été stipulé dans l'intérêt du débiteur, il n'est pas moins évident que les créanciers ne pourraient pas, en se réunissant dans une commune poursuite, lui enlever le droit de se libérer en payant le total à l'un d'eux.

161. — On a supposé le cas où chaque créancier aurait intenté, le même jour, des poursuites séparées.

Si les actes exprimaient, par la désignation des heures, la priorité de l'un sur l'autre, il n'y aurait pas, suivant nous, de motif pour ne pas appliquer l'article 1198.

Mais il est clair que l'application en serait impossible, si les actes n'exprimaient aucune antériorité, quant aux heures ; le débiteur conserverait donc la faculté de payer à l'un ou à l'autre des créanciers à son choix ;

Sauf à celui des créanciers qui aurait prévenu les autres, à prouver, suivant le droit commun, la priorité de sa poursuite et à constituer le débiteur en mauvaise foi. (Comp. Larombière, t. II, art. 1198, n° 4.)

162. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que l'un des créanciers ne peut obtenir ce droit de priorité, qu'autant que sa poursuite est régulière, sous le double rapport du fond et de la forme.

Au fond, par exemple, elle ne serait pas régulière, si la créance étant à terme, l'un des créanciers demandait au débiteur le payement avant l'échéance ; et *a fortiori*, avant l'événement de la condition, si elle était conditionnelle.

Cette poursuite prématurée serait si peu régulière, qu'elle ne priverait pas le débiteur du droit de payer,

après l'échéance du terme ou après l'accomplissement de la condition, l'un ou l'autre des créanciers à son choix, par préférence à celui qui aurait fait, à tort, cette poursuite.

163. — Bien plus! nous n'hésitons pas à penser qu'elle ne le priverait pas du droit de payer l'un ou l'autre, à son choix, avant l'échéance, s'il lui plaisait, en effet, de renoncer au bénéfice du terme et de payer par anticipation. (Comp. Duranton, t. XI, n° 173; Larombière, t. II, art. 1198, n° 5.)

164. — Il faut aussi que la poursuite soit régulière en la forme.

Quelle doit donc en être la forme?

Qu'une saisie, un commandement, une citation en justice produisent cet effet, cela est incontestable!

Mais est-ce à dire qu'il faille nécessairement un acte d'exécution forcée, ou un commandement, ou une assignation judiciaire?

Une simple sommation suffirait-elle?

La négative paraît être enseignée par M. Rodière (n° 13).

Et on ne peut nier qu'elle semble, en effet, justifiée par ce mot : *poursuites*, que l'article 1198 emploie, et que nous retrouvons encore dans l'article 1207, où il désigne les actes interruptifs de prescription (comp. art. 2244-2245).

Cette doctrine pourtant n'est pas la nôtre; et nous croyons qu'il faut considérer comme régulier, tout acte, même extra-judiciaire, par lequel l'un des créanciers a le premier manifesté au débiteur sa volonté d'être payé du total de la créance :

1° En effet, tel est le seul but, qu'il s'agit d'atteindre; et on ne voit pas pourquoi le législateur aurait soumis la manifestation de cette volonté à une forme rigoureuse ou menaçante, en forçant le créancier à faire des frais inutiles!

Il ne s'agit pas de faire saisir le débiteur.

Il ne s'agit pas de le faire condamner.

Il s'agit uniquement de lui faire savoir que moi, l'un des créanciers solidaires, j'entends recevoir de lui le payement de la créance !

2° Aussi, Pothier, qui enseignait que le débiteur peut payer à celui qu'il lui plaît de choisir, *avant qu'il ait été prévenu par les poursuites de l'un de ses créanciers*, expliquait ces mots, en disant : « *tant que la chose est entière....* » (N° 260.)

C'est ce que disait aussi la Constitution impériale, au Code, *de Duobus reis :*

« .... *Quamdiù res in eadem causâ permanserit.* »

Nous concluons donc qu'une simple sommation de payer, faite par l'un des créanciers au débiteur, suffirait pour lui assurer la préférence ;

Et qu'il en serait ainsi d'une citation en conciliation, soit qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas été suivie d'ajournement, dans le délai d'un mois, malgré le dissentiment que ce dernier point a soulevé. (Comp. Duranton, t. XI, n° 173 ; Rodière, n° 14 ; Larombière, t. II, art. 1198, n° 2.)

165. — Le débiteur, prévenu par les poursuites de l'un des créanciers, ne peut donc pas payer le total de la créance à l'autre.

Cela est certain.

166. — Mais on a demandé *s'il peut, au moins, payer encore valablement à l'autre la moitié de la créance, sur ce fondement que le bénéfice de l'obligation, d'après l'article* 1197, *se partage entre les créanciers ?*

C'est en ces termes, que notre honoré collègue, M. Rodière, pose la question ; et voici sa réponse :

« *Il le peut sans doute, si le créancier, qui a commencé les poursuites, ne prouve pas que la créance lui appartenait en entier.* » (N° 15.)

M. Larombière adopte cette solution :

« *Quant au payement*, dit-il, *que le débiteur aurait fait*

au mépris des poursuites, par lesquelles l'un des créanciers l'a prévenu, nous croyons qu'il vaudrait à l'égard de celui-ci, pour tout ce qui excède sa part respective dans la créance. » (T. II, art. 1198, n° 6.)

Notre avis est, au contraire, qu'aucun payement, d'une portion quelconque de la créance, ne peut être valablement fait par le débiteur à un autre créancier, dès qu'il a été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

Les traditions du droit ancien, le texte même du droit nouveau, non moins que les principes essentiels de la solidarité, nous paraissent commander cette doctrine :

1° Qu'est-ce que disait Gaius, en droit romain, du débiteur, qui, après avoir été prévenu par l'un des *correi stipulandi*, faisait à l'autre le payement?

Nihil agit! (L. 16, ff. *de Duobus reis; supra*, n° 154).

Et Pothier, dans notre ancien droit, moins énergiquement, il est vrai, mais non moins clairement, répondait « *qu'il ne pouvait plus payer qu'à lui,* » absolument, sans distinction !

2° Telle est aussi, suivant nous, la solution de notre Code.

Car, c'est aussi absolument, sans distinction, que l'article 1198 dispose que, si le débiteur a le choix *de payer* à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, ce n'est qu'autant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

Donc, après ces poursuites, il ne peut plus *payer* à un autre!

Payer quoi ?

Eh! mais vraiment, c'est bien simple!

Payer la créance unique, la créance solidaire, qu'il doit, en effet, *pour le tout*, à chacun d'eux, et dont il doit dès lors se libérer pour le tout, dans les mains du créancier qui l'a prévenu.

3° Nous ajoutons que cette doctrine est la conséquence

nécessaire du principe même sur lequel repose la solidarité.

Comment! vous nous devez solidairement 12000 fr., à Paul, à Pierre et à moi.

Je vous poursuis le premier; et pour qu'il n'y ait pas d'équivoque, je vous déclare que c'est à moi que vous avez à faire le payement de la créance solidaire.

Il vous plaît, néanmoins, après cela et malgré cela! de payer 4000 francs à Paul, et 4000 francs à Pierre.

Et voilà qu'à moi aussi, quand je vous demande le payement de la créance solidaire, vous m'offrez... 4000 fr., c'est-à-dire un tiers seulement de cette créance!

Mais une prétention pareille n'est ni plus ni moins que la négation de toute solidarité!

Auriez-vous pu m'apporter divisément une part, avant que je vous eusse prévenu par mes poursuites?

Apparemment non! puisque la solidarité est exclusive de la division du payement!

Or, comment se pourrait-il que vous eussiez, *après* mes poursuites, la faculté, que vous n'aviez pas *avant*, de diviser ce payement, quand précisément, par mes poursuites, j'ai concentré exclusivement et fortifié, de plus en plus, dans ma personne, le droit de vous demander le total!

Prouvez, me dites-vous, que le total vous appartient; car la présomption est que vous n'êtes créancier que pour votre part virile; or, s'il en est ainsi, vous n'avez pas à craindre l'insolvabilité de vos cocréanciers, pour votre part, que j'ai gardée et que je vous offre. A quoi bon donc vous payer encore, à vous, la part de vos cocréanciers qui l'ont déjà reçue? à quoi bon, si ce n'est à créer d'inutiles recours, soit du débiteur contre les créanciers, soit des créanciers eux-mêmes les uns contre les autres?

Cette vive objection, quoiqu'elle paraisse avoir déterminé M. Larombière, ne nous émeut pourtant pas.

Et nous lui reprochons vivement aussi, à elle-même,

de méconnaître la règle la plus élémentaire de la solidarité.

Est-il, en effet, rien de plus contraire à cette règle, qu'une immixtion pareille et une telle ingérence du débiteur dans les rapports particuliers des créanciers solidaires les uns envers les autres !

Vous prétendez, vous, *mon débiteur pour le tout*, me contraindre à vous prouver que je suis *votre créancier pour le tout.*

Est-ce que ma preuve, de vous à moi, n'est pas faite ?

Est-ce que je ne suis pas votre créancier *solidaire ?*

En effet, dans notre droit nouveau, tout autant que dans le droit romain et dans notre ancien droit, chacun des créanciers doit être considéré, dans ses rapports avec le débiteur, comme s'il était seul créancier, en *tant qu'il s'agit de recevoir le payement total de la créance.*

Il est vrai que notre droit nouveau a modifié le droit romain et l'ancien droit français, en tant que l'un des créanciers voudrait disposer du total, par remise ou autrement.

Mais lorsqu'il s'agit seulement de recevoir le payement, le pouvoir de chacun des créanciers solidaires n'a pas subi de restriction; et aujourd'hui encore, chacun d'eux, dans ses rapports avec le débiteur, doit être traité comme si l'entière créance lui appartenait.

Et voilà bien pourquoi c'est l'entière créance qui se trouve frappée d'interdit, dans les mains du débiteur, par les poursuites de l'un des créanciers.

Si donc le débiteur fait un payement à l'un des autres créanciers, même seulement pour sa part, c'est à ses risques et périls; et il n'est nullement libéré par ce payement, envers le créancier qui l'a prévenu par ses poursuites !

167. — Ce n'est pas d'ailleurs seulement à l'effet de recevoir le payement du total, que chacun des créanciers

solidaires est à considérer, dans ses rapports avec le débiteur, comme le représentant de toute la créance.

C'est encore à l'effet de conserver la créance et de l'améliorer.

Qui veut la fin, veut les moyens.

Et puisque chacun des créanciers peut recevoir le payement au nom des autres, il doit pouvoir aussi faire, au nom des autres, tous les actes, qui tendent à procurer et à assurer ce payement !

En conséquence, aux termes de l'article 1199 :

« Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers. » (Comp. art. 1206 ; l. V, Cod. *de duob reis ;* Pothier, n° 260.)

168. — Peu importe le caractère de l'acte interruptif de la prescription ;

Ni que l'interruption soit naturelle ou civile (arg. des art. 2243 à 2248).

La loi ne distingue pas ; et il n'y avait pas, en effet, de motif pour distinguer (comp. Larombière, t. II, art. 1199, n° 8).

169. — La renonciation que ferait le débiteur à la prescription acquise, devrait aussi certainement, en vertu du même principe, profiter aux autres créanciers.

170. — Mais voici une question fort controversée.

En est-il de la suspension de la prescription comme de l'interruption ?

L'un des créanciers solidaires, par exemple, est mineur, tandis que l'autre est majeur.

Et nous supposons que la chose, qui fait l'objet de la créance, est divisible.

La prescription, qui ne court pas contre le créancier mineur (art. 2252) ne courra-t-elle pas non plus contre le créancier majeur ?

Ou, au contraire, n'est-elle suspendue que dans l'inté-

rêt relatif du mineur, sans que le majeur puisse profiter de cette suspension ?

La grande majorité des auteurs, dans la doctrine, tient pour cette dernière solution, qui a été aussi consacrée par plusieurs arrêts, dans la jurisprudence :

1° La suspension de la prescription constitue, dit-on, une faveur spéciale, accordée par la loi aux personnes incapables, et dont les personnes capables ne doivent pas profiter.

Il n'y a qu'une exception à cette règle, c'est dans le cas où l'objet de l'obligation est indivisible ; d'où cette maxime célèbre, en matière de prescription : *Minor relevat majorem in individuis.*

Or, la solidarité n'est pas l'indivisibilité ! (art. 1219); et elle ne fait pas obstacle à la division de la créance.

2° Cette différence d'ailleurs entre *l'interruption* et *la suspension* s'explique logiquement.

Pourquoi l'interruption formée par l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers, c'est bien simple ! c'est parce qu'il agit, en la formant, comme leur mandataire ; or les actes du mandataire, lors même qu'il est mineur, doivent profiter au mandant (art. 1990).

Tandis que, au contraire, *personne n'osera soutenir* (disent MM. Aubry et Rau) *que la minorité du mandataire doive profiter au mandant* (sur Zachariæ, *infra*).

3° Et de ces arguments on conclut que, lorsqu'en effet, *l'un des créanciers sera mineur ou interdit* (art. 2252), *lorsqu'il sera l'époux ou l'épouse du débiteur* (art. 2253), *la créance ne sera conservée que pour la part de ce créancier*, et *que la prescription l'éteindra pour le surplus.*

Telle est la conclusion de M. Colmet de Santerre (t. V, n° 131 *bis*, II) ;

Conclusion qu'admet aussi M. Rodière, en ajoutant, « *qu'il serait ridicule de se figurer qu'une personne mineure ou interdite, l'est pour l'avantage d'autrui ;* — et *que la prescription encourue par le créancier majeur et capable*

équivaut alors à la remise, qu'il aurait faite de sa part. » (N° 26; comp. Cass., 5 déc. 1826, Douceur, D., 1827, I, 81 ; Cass., 23 févr. 1832, Tourton, D., 1832, I, 1780; Cass., 14 août 1840, D., 1840, I, 321; Merlin, *Répert.*, v° *Prescription*, sect. I et VII, art. 2, *quest.* 2, n° 10 ; et *Quest. de Droit, eod. verbo*, n° 14; Troplong, *De la Prescription*, t. II, n° 739; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 13 ; Colmet de Santerre ; Rodière, *loc. supra cit.*; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 726, note *a;* Marcadé, art. 1199; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 652, qui cite, en ce sens, Valette ; Leroux de Bretagne, *De la Prescription*, t. I, n°s 612-613.)

171. — Si imposante que puisse paraître une doctrine, que tant de suffrages, et d'une telle autorité, accréditent; comme aussi malgré les termes, tout au moins sévères, avec lesquels la doctrine dissidente a été peut-être un peu *malmenée*, notre avis est pourtant que cette doctrine est la seule juridique.

Et nous espérons pouvoir en fournir la démonstration.

La solidarité n'est pas l'indivisibilité !

Assurément non.

Et nous nous gardons bien aussi de confondre l'une avec l'autre.

Ce que nous soutenons, c'est que, de même que, dans l'indivisibilité, *la nature de la chose*, qui est l'objet de l'obligation, produit cette conséquence que la suspension de la prescription en faveur du créancier incapable, profite au créancier capable;

De même, dans la solidarité, *la nature du lien*, qui unit chacun des créanciers au débiteur, et chacun des créanciers à ses cocréanciers, doit produire aussi nécessairement cette conséquence :

1° La *suspension!* mais elle n'est autre chose qu'une *interruption*, que la loi fait elle-même, de plein droit, et à tout moment, en faveur de celui des créanciers

contre lequel elle ne veut pas que la prescription coure !

Et, par conséquent, dès que l'interruption de la prescription, par l'un des créanciers, l'interrompt au profit de tous, il est logique que la suspension de la prescription au profit de l'un d'eux, la suspende également au profit de tous.

De sorte que l'article 1206, dans son texte bien interprété, s'applique en même temps à l'une et à l'autre.

Cette interprétation d'ailleurs nous paraît commandée aussi par les principes, qui gouvernent la solidarité.

2° En effet, tant que la créance subsiste, en sa qualité de créance solidaire, c'est-à-dire pour le tout, dans les rapports de l'un des créanciers avec le débiteur, elle subsiste, par cela même nécessairement aussi, en sa qualité de créance solidaire, c'est-à-dire pour le tout, dans les rapports des créanciers les uns envers les autres;

Or, d'une part, lorsque l'un des créanciers étant mineur, la prescription a été suspendue envers le débiteur, c'est le droit tout entier, qui appartient au mineur, et tel qu'il lui appartient, qui a été conservé;

D'autre part, quel est le droit qui appartient au mineur, et comment lui appartient-il ? Ce droit, c'est une créance solidaire, d'où résulte, pour le mineur, la faculté de demander au débiteur le payement de toute la créance, comme s'il était seul créancier;

Donc, le créancier mineur, maintenu qu'il est dans l'intégralité de son droit solidaire, par l'effet de la suspension de la prescription, dans ses rapports avec le débiteur, peut encore lui demander le payement du total.

Et nous prions que l'on remarque que ce n'est qu'au nom du mineur lui-même, que nous invoquons ici la conservation de la solidarité ! c'est en son nom, et de son chef, que nous disons qu'il a le droit de poursuivre le débiteur pour le tout !

Ce droit-là, il l'avait, dans le principe, en vertu de son titre, il y a trente ans.

Si vous disiez qu'il ne l'a plus aujourd'hui, c'est donc que son droit aurait été amoindri par la prescription.

Or, cela est impossible!

Le droit du mineur ne peut pas plus être amoindri qu'il ne peut être éteint par la prescription! (Art. 2252.)

2° Et maintenant, s'il est, comme nous le croyons, démontré que le créancier mineur a conservé la créance solidaire, c'est-à-dire le droit d'en demander le payement pour le tout au débiteur;

Est-ce qu'il n'est pas, du même coup, démontré que la créance solidaire a été aussi conservée, soit dans les rapports du créancier mineur avec ses cocréanciers, soit dans les rapports des autres créanciers avec le débiteur lui-même?

Nous le croyons tout à fait.

Le créancier mineur, en effet, ne peut invoquer la solidarité dans son intérêt, sans la reconnaître, en même temps, dans l'intérêt de ses cocréanciers, et à la charge, par conséquent, s'il a reçu le payement de toute la créance, d'en rendre à chacun d'eux sa part.

Et quant aux rapports des autres créanciers envers le débiteur, la créance solidaire se trouvant, par cela même aussi, conservée, il s'ensuit que chacun d'eux a le droit, le même droit, qui appartient à son cocréancier mineur, de demander au débiteur le payement du total.

4° On se récrie que la minorité du mandataire ne doit pas profiter au mandant majeur, à l'effet de suspendre la prescription en sa faveur!

Objection spécieuse peut-être, à première vue, mais dont il est facile, suivant nous, de démontrer l'inexactitude.

Un débiteur sans doute ne pourrait pas opposer au mandant la compensation de ce qui lui est dû par son mandataire.

Et pourtant, nous allons bientôt reconnaître, d'accord avec la plupart de ceux qui nous font ici cette objection déduite des règles, qui gouvernent le mandat ordinaire, que le débiteur peut opposer à l'un des créanciers solidaires la compensation de ce qui lui est dû par son cocréancier! (*infra*, n° 192.)

C'est que, en effet, le mandat, qui résulte de la solidarité, n'est pas, il s'en faut de beaucoup, comparable au mandat ordinaire!

Déjà nous avons posé cette règle, que chacun des créanciers solidaires doit être considéré, dans ses rapports avec le débiteur, non pas comme un mandataire pour une part quelconque de la créance, mais comme seul créancier pour le tout, en tant qu'il s'agit de l'effet normal de la solidarité, qui consiste dans le droit, pour chacun, de demander le payement du total ;

C'est-à-dire que chacun d'eux est, envers le débiteur, le représentant de toute la créance; et que, dès que, par une cause quelconque, cette créance est conservée dans la personne de l'un de ses représentants, elle se trouve, par cela même, conservée dans la personne de tous les autres.

C'est précisément ce qui advient, par une cause différente sans doute, mais analogue, en matière d'indivisibilité, où l'un des intéressés étant mineur conserve le droit total, en qualité de représentant des autres intéressés. (Comp. art. 709-710; et notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 996.)

5° Qu'il nous soit permis enfin d'ajouter un dernier argument à cette démonstration, un peu étendue déjà peut-être, mais qui trouvera, nous l'espérons, son excuse, non moins dans l'importance de cette controverse, que dans la redoutable phalange des adversaires que nous avons entrepris de combattre.

La conclusion de la doctrine contraire, c'est que la créance solidaire n'est conservée que pour la part du

créancier mineur, et qu'elle est éteinte pour la part des autres créanciers, contre lesquels la prescription accomplie équivaut, dit-on, à la remise que chacun d'eux en aurait faite.

Mais qui ne voit que cette conclusion porte tout à la fois atteinte au droit du créancier mineur, et au droit des autres créanciers !

Que pourra donc répondre le débiteur au créancier mineur, quand celui-ci, en vertu de sa créance solidaire, tout entière conservée, lui demandera, en effet, solidairement, le payement pour le tout ! et notez que le mineur peut avoir lui-même personnellement intérêt à recevoir le tout solidairement, comme si, par exemple, il est créancier de ses cocréanciers, auquel il pourrait opposer la compensation.

Et quant aux autres créanciers, c'est très-peu juridiquement, suivant nous, et très-arbitrairement qu'on leur oppose une prétendue remise, qu'ils n'ont pas consentie.

Si, en effet, le législateur déduisait du silence que l'un des créanciers solidaires a gardé pendant trente ans, cette présomption qu'il a fait remise au débiteur de sa part dans la créance, il est d'évidence que l'interruption elle-même de la prescription par l'un des créanciers n'aurait pas dû profiter aux autres.

Est-ce que l'interruption de la prescription par l'un, empêcherait l'effet d'une remise expresse faite par l'autre?

Apparemment non!

Or, l'interruption de la prescription par l'un, profite d'après le texte même de l'article 1199, aux autres créanciers, qui ne l'ont pas interrompue, et qui ont gardé le silence pendant trente ans;

Donc, ce défaut d'interruption et ce silence ne sont pas interprétés par la loi dans le sens d'une remise, puisque, s'il y avait remise, l'interruption de la prescrip

tion par l'un, ne rendrait pas à l'autre sa part, qu'il aurait abandonnée.

Et maintenant, interruption ou suspension, qu'importe, au point de vue, qui nous occupe, et pour déterminer l'effet du silence gardé par l'un des créanciers ?

Si le silence, gardé pendant trente ans par l'un, n'équivaut pas à une remise, quand la prescription a été interrompue par l'autre ;

Concevrait-on qu'il équivalût à une remise, quand la prescription a été suspendue !

Nous demandons où serait, logiquement, raisonnablement, le motif de la différence !

C'est que, en effet, tout autre est la remise faite par l'un des créanciers, tout autre le défaut d'interruption !

Les autres créanciers, dit-on, n'ont pas poursuivi le débiteur !

Cela est vrai.

Mais, précisément, tel est l'effet de la solidarité, qu'aucun des créanciers n'est tenu de poursuivre le débiteur pour son propre compte ; et que la créance solidaire demeure conservée pour tous, dès qu'elle demeure conservée pour l'un, aucun d'entre eux ne pouvant s'en faire un profit individuel au détriment de ses cocréanciers !

De sorte què, si on persistait à soutenir qu'il n'y a de conservé, par la suspension de la prescription, que la part du créancier mineur, cette part devrait être elle-même partagée par lui avec les autres créanciers solidaires.

C'est-à-dire que la suspension de la prescription aurait du moins conservé cette part solidairement pour tous.

N'est-il pas évident, dès lors, que c'est la créance solidaire elle-même qui a été conservée avec toutes ses conséquences, soit dans les rapports des créanciers avec le débiteur, soit dans les rapports des créanciers entre eux ! (Comp. *infra*, nos 358, 412 et suiv.; Delvincourt, t. II, p. 499 ; Duranton, t. XI, n° 180.)

172. — C'est encore une conséquence de notre principe que la demande formée par l'un des créanciers fait courir les intérêts au profit de tous (comp. *supra*, n° 167).

La demande en justice fait courir les intérêts;

Or, chacun des créanciers a mandat de ses cocréanciers pour former cette demande.

Il est donc tout simple que la demande produise le même effet, au profit de ses cocréanciers (comp. art. 1153, 1207).

173. — Et comme la convention produit, à cet égard, le même effet que la demande (art. 1139, 1153, 1154), il s'ensuit que la convention par laquelle l'un des créanciers aurait stipulé que la créance produirait des intérêts, profiterait également aux autres créanciers. (Comp. Larombière, t. II, art. 1198, n° 9.)

174. — Bien plus! il en serait de même de la convention, par laquelle l'un des créanciers aurait stipulé, seul, des sûretés pour le recouvrement de la créance, une caution, par exemple, ou une hypothèque.

Cette convention profiterait aussi aux autres créanciers.

Car chacun d'eux ayant mandat de ses cocréanciers, pour conserver la créance et en assurer le recouvrement, tout ce qu'il fait dans ce but est réputé fait par lui comme leur mandataire.

175. — D'où il résulte encore :

1° Que les créanciers qui n'ont pas figuré dans ces conventions, n'ont pas besoin, pour s'en prévaloir, d'y donner leur consentement ni de les ratifier;

2° Qu'elles ne peuvent pas être révoquées à leur préjudice, même par le mutuel consentement de celui des créanciers qui y a figuré et du débiteur; car le droit qu'elles ont créé a été immédiatement acquis aux autres créanciers.

Conséquence très-logique, et aussi très-équitable, puis-

que ces sûretés, que vous avez stipulées le premier, je les aurais, vous dirais-je, stipulées moi-même, si je n'avais pas compté sur celles que votre initiative avait attachées à notre commune créance. (Comp. art. 2186; Rodière, n° 29.)

176. — Mais lorsqu'il s'agit, non plus de demander le payement de la créance, mais d'en disposer d'une manière quelconque, le principe de notre droit nouveau est que chacun des créanciers, qui peut bien disposer de sa part, ne saurait, au contraire, anéantir le droit de ses cocréanciers pour les parts qui leur appartiennent (*supra*, n° 144).

Les rédacteurs du Code ont expressément déduit deux conséquences de ce principe :

La première, dans la disposition finale de l'article 1198, qui est ainsi conçu :

« Néanmoins, la remise, qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier. »

177. — Et la seconde, dans l'article 1365, en ces termes :

« Néanmoins, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier. »

Deux dispositions nouvelles, en effet, qui dérogent aux traditions du droit romain et de notre ancien droit français (*supra*, n°s 142-143).

Nous croyons avoir démontré déjà que notre droit nouveau a, sur l'ancien droit, l'avantage d'être plus conforme à la vérité pratique et à l'équité.

Remarquons seulement que la disposition de l'article 1365, relative au serment, se lie, pour ainsi dire, par une corrélation nécessaire, à la disposition de l'article 1198, relative à la remise, et que la loi, après avoir décrété l'un, ne pouvait pas s'empêcher de décréter l'autre.

Qu'est-ce, en effet, que la délation du serment par

celui, qui se prétend créancier à celui qu'il prétend être son débiteur, autre chose qu'une sorte de remise conditionnelle.... *ex pactione ipsorum litigatorum...*, par laquelle celui qui défère le serment, consent à n'être pas payé, si celui à qui il le défère jure qu'il ne lui doit pas! (L. I, ff. *De jurejurando.*)

178. — De la disposition de l'article 1198, M. Rodière, déduit, avec raison, suivant nous, cette conséquence que, dans le cas de faillite du débiteur, l'un des créanciers ne peut représenter l'autre dans le concordat; qu'ils doivent, tous les deux figurer, en nom propre, dans les opérations de la faillite, chacun pour la moitié de la créance; et que celui qui n'y aurait pas été appelé, pourrait faire opposition au concordat (n° 20).

C'est qu'il s'agit alors, en effet, d'une remise.

Cette remise n'est pas volontaire!

Mais c'est là précisement la question à résoudre;

Or, nous croyons qu'il faut que cette question soit résolue, en effet, par chacun des créanciers pour sa part.

179. — Il est facile, d'après ce qui précède, de déterminer l'effet de la remise, qui a été faite par l'un des créanciers solidaires au débiteur.

Elle libère le débiteur, envers le créancier, pour sa part;

Et elle le laisse, envers les autres créanciers, dans la même situation, c'est-à-dire débiteur, envers chacun d'eux, pour le tout, déduction faite seulement de la part de celui qui a fait la remise.

180. — Mais ceci ne peut-il pas donner lieu à une simulation et à une fraude?

Nous sommes trois créanciers solidaires de 12 000 fr. contre Paul.

Et quand je demande le payement total de cette somme au débiteur, le voici qui m'oppose une quittance par laquelle l'un de mes cocréanciers reconnaît avoir reçu ce payement total.

Si cette quittance est sincère, le résultat en est que Paul ne me doit plus rien, et que celui de mes cocréanciers, qui a reçu le payement, est, envers moi, seul débiteur de la part qui me revient.

Mais est-elle sincère, cette quittance?

Et si elle dissimulait une remise?

Et si ce créancier, qui reconnaît avoir reçu le payement du total, était insolvable? si je venais dire que le débiteur ne lui a payé que deux ou trois mille francs sur douze, afin de se libérer frauduleusement envers les autres créanciers, en ne leur laissant pour débiteur que leur cocréancier insolvable?

Serais-je admis à en fournir la preuve?

Certainement oui!

Et même la preuve par tous les moyens, par témoins et par présomptions; car il s'agit d'une fraude dont il ne m'a pas été possible de me procurer la preuve par écrit. (Comp. *L'Exposé des motifs* par M. Bigot-Préameneu, Fenet, t. XIII, p. 249; Duranton, t. XI, n° 174; Colmet de Santerre, t. V, n° 130 *bis* I; Larombière, t. II, art. 1198, n° 12; Rodière, n° 19.)

181. — Qu'est-ce que vaudrait cette quittance, simulant faussement un payement?

Elle ne vaudrait que comme une simple remise.

Et nous ajoutons que si le débiteur, pour obtenir une quittance complète, avait payé une somme supérieure à la part du créancier qui l'a reçue, les autres créanciers ne seraient pas tenus d'imputer cette somme sur le montant de la créance, et qu'ils auraient le droit de lui demander, chacun, le total, déduction faite seulement de la part du créancier qui aurait signé cette fausse quittance.

Il est vrai que, en principe, l'un des créanciers doit imputer sur la créance totale, les à-compte que le débiteur a payés à l'autre (comp. *supra*, n° 155-156).

Mais, dans cette espèce, dit justement M. Rodière, la

fraude commise devrait, en général, faire considérer la somme payée plutôt comme le prix d'un acte illicite que comme un à-compte sur la créance ; c'est-à-dire que la quittance devrait être annulée, pour le tout, au regard du créancier lésé, qui devrait obtenir son entière part (n° 19).

182. — Nous venons d'examiner ce qui est permis et ce qui est défendu à chacun des créanciers solidaires, d'après les textes de notre Code, pour ceux des faits juridiques qu'il a prévus.

Il nous reste à examiner, pour ceux des faits qu'il n'a pas prévus, jusqu'où va leur mandat réciproque et où il s'arrête.

Notre Code a prévu seulement, en ce qui concerne les créances solidaires, deux des modes d'extinction des obligations, à savoir :

1° Le payement ;

2° La remise, et, par voie de conséquence, la délation du serment (*supra*, nos 153, 176 et 177).

Mais il n'a pas prévu les autres modes d'extinction des obligations, ou plus généralement, les événements juridiques, par lesquels une obligation peut cesser d'exister.

Telle est la thèse, qui nous reste à exposer.

Cette thèse générale comprend plusieurs questions particulières dont voici d'abord le tableau :

1° L'un des créanciers solidaires peut-il faire novation ? — transiger ? — ou compromettre, au nom de ses cocréanciers ?

2° Peut-il faire remise des sûretés de la créance, d'une caution, d'une hypothèque ? — ou accorder un terme au débiteur ?

3° Quel est l'effet de la chose jugée entre l'un des créanciers solidaires et le débiteur ?

4° La créance solidaire peut-elle s'éteindre par la compensation de ce que l'un des créanciers solidaires doit au débiteur ?

5° Peut-elle s'éteindre par la confusion, lorsque le débiteur devient héritier de l'un des créanciers, ou réciproquement?

Reprenons chacune de ces questions.

183. — 1° L'un des créanciers solidaires a fait une novation de la créance, en changeant soit la personne du débiteur, soit la chose due.

Cette novation est-elle valable ?

Nous répondons :

Oui, pour sa part dans la créance ;

Non, pour la part de ses cocréanciers.

Il est vrai que les jurisconsultes romains déclaraient la novation valable, même à l'égard des autres créanciers ; tel était du moins l'avis de Labeon et de Paul, suivant nous, plus conforme à la théorie romaine que l'avis contraire de Venuleius, puisque l'un des créanciers solidaires pouvant même faire remise de la créance totale, devait aussi pouvoir en faire novation (comp. L. 27, princ. ff. *de Pactis;* L. 28, § 1, ff. *De Novationibus*).

Mais ce même motif précisément commande, dans notre droit, la solution contraire.

Et de ce que l'un des créanciers solidaires ne peut faire remise que pour sa part, nous devons conclure qu'il ne peut disposer de la créance, par une novation, que pour sa part.

Avec d'autant plus de raison, dit M. Rodière, qu'une novation imprudente, qui entraîne l'abandon de toutes les sûretés précédemment stipulées, peut souvent équivaloir, quant au résultat, à une remise (n° 21 ; comp. Duranton, t. XI, n° 176; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 726, note *a* ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 12; Marcadé, art. 1198; Demante et Colmet de Santerre, t. V, n°s 129 et 130 *bis*, 111 ; Larombière, t. II, art. 1198, n° 13).

184. — Il en serait de même d'une transaction, par laquelle l'un des créanciers aurait fait le sacrifice d'une

portion de la créance solidaire, afin de ne pas l'exposer aux chances d'un procès (art. 2045).

185. — Et de même encore d'un compromis, par lequel il aurait soumis à des arbitres le jugement d'une contestation sur la créance avec le débiteur commun.

La transaction et le compromis, qui vaudraient sans doute pour sa part et pour les parts des autres créanciers qui y auraient consenti, ne vaudraient pas pour les parts des créanciers qui y seraient étrangers; et ils ne pourraient pas leur être opposés.

186. — Telle est également la doctrine de M. Larombière (*supra*, n° 183).

Mais voici ce que le savant auteur ajoute :

« Ces actes vaudraient cependant contre les autres créanciers, dans le cas où ils auraient lieu, sans leur causer, du reste, aucun préjudice, dans le sens d'un payement effectif de la créance, qui aurait été opéré, sous cette forme, entre les mains du créancier qui les a consentis. Ils n'auraient alors qu'à se faire rendre compte du bénéfice de l'obligation par celui d'entre eux, qui l'a ainsi reçue par la voie d'une novation, d'une délégation ou d'une cession, avant que le débiteur eût été prévenu par leurs poursuites. »

Cette restriction ne semble pas devoir soulever de difficulté, puisque M. Larombière reconnaît que ces actes passés par l'un des créanciers, ne vaudraient, contre les autres, que dans le cas où ils auraient lieu, *sans leur causer aucun préjudice*.

Mais alors est-il logique de dire qu'ils *vaudraient contre eux?*

D'un acte, que je ne suis pas recevable à contester, par la seule raison *qu'il ne me cause pas de préjudice*, et que, par conséquent, je n'ai pas d'intérêt à le contester, d'un tel acte est-ce que l'on peut dire qu'il *vaut contre moi?*

Évidemment non !

Et si nous faisons cette remarque, ce n'est pas pour engager une vaine querelle de mots ; notre motif est plus sérieux ; c'est que la proposition que nous croyons devoir relever, pourrait produire, suivant nous, des conséquences contraires aux principes.

Paul et moi, nous sommes créanciers solidaires, envers Pierre, d'une somme de 12 000 francs.

Paul reçoit, en payement de la somme totale, une autre chose, une maison, par exemple ; ou il fait une novation, par changement de débiteur.

Mais des 12 000 francs, qui forment l'objet de la créance, il n'a rien reçu !

Et quand je demande à Pierre les 6000 francs qui me reviennent, pour ma part, et dont Paul, mon cocréancier n'a pas pu disposer, Pierre me répond que j'aille trouver Paul et que c'est par lui que je serai payé !

Que vous importe, ajoute-t il, la manière dont je me suis acquitté envers votre cocréancier ?

Il suffit que je sois libéré envers lui, de quelque manière que ce soit, pour être libéré envers vous.

C'est donc désormais un règlement à faire entre vous deux.

Un passage de l'excellent ouvrage de M. Colmet de Santerre semblerait favoriser cette prétention.

« Est-ce qu'ils ont le droit, dit-il (les autres créanciers), de se préoccuper de la nature des valeurs données en payement ! ont-ils un intérêt légitime à exiger que leur créancier ait reçu des espèces monnayées ! » (T. V, n° 130 *bis*, IV.)

Mais vraiment oui, les autres créanciers ont le droit de se préoccuper de la nature des valeurs reçues par l'un d'eux, lorsque le débiteur commun prétend que le payement de ces valeurs l'a libéré aussi envers eux.

Et si la créance a pour objet une somme d'argent, ils ont intérêt à ce que leur cocréancier ait reçu des espèces monnayées.

Autrement, on en viendrait à décider que l'un des créanciers, en faisant une novation avec le débiteur, libère celui-ci envers les autres !

Or, M. Larombière et M. Colmet de Santerre s'accordent eux-mêmes à rejeter cette décision.

Donc, il ne faut pas dire que le débiteur peut renvoyer les autres créanciers à se faire payer par leur cocréancier, lorsque ce n'est point par le payement effectif de la chose même, qui forme l'objet de la créance commune, qu'il s'est libéré envers lui.

Voilà les principes !

En fait, les autres créanciers n'auront rien à dire sans doute, s'ils sont, aussitôt qu'ils réclameront le payement contre le débiteur, désintéressés par leur cocréancier, qui aurait pris la dette à sa charge.

C'est, apparemment, en ce sens que le savant auteur à écrit que la novation, la transaction ou le compromis faits par l'un, *vaudraient contre les autres.*

Mais l'explication, qui précède, n'a-t-elle pas prouvé que cette expression, qui n'est pas exacte en la forme, pourrait même être dangereuse au fond ?

187. — La novation, la transaction, ou le compromis consentis par l'un des créanciers solidaires, ne peuvent donc pas être opposés aux autres créanciers.

Mais ceux-ci peuvent-ils les invoquer contre le débiteur, s'ils les trouvent avantageux pour eux ?

On enseigne, généralement, l'affirmative, par le motif que, si l'un des créanciers solidaires ne peut pas être considéré comme le mandataire de ses cocréanciers à l'effet d'empirer leur condition, il doit être, au contraire, toujours considéré comme leur mandataire à l'effet de l'améliorer.

D'où MM. Aubry et Rau concluent que la novation ou la transaction consenties, par l'un des créanciers solidaires, profitent aux autres, *s'ils jugent convenable de s'en prévaloir* (sur Zachariæ, t. III, p. 12).

M. Rodière, qui admet cette doctrine, ajoute que *cela va sans dire!* (N° 21; comp. Larombière, t. II, art. 1198, n° 12.)

Notre avis est pourtant que la doctrine contraire est plus juridique, et qu'il faut appliquer ici purement et simplement l'article 1165 :

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers; et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. »

C'est-à-dire qu'une telle convention, consentie par l'un des créanciers solidaires avec le débiteur, est, de tous points, à l'égard des autres, *res inter alios acta :*

1° De deux choses l'une :

Ou les créanciers solidaires ont mandat pour faire une novation, une transaction, un compromis;

Ou ils ne l'ont pas.

Dans le premier cas, la novation, la transaction, le compromis consentis par l'un, peuvent sans doute être opposés aux autres, de même qu'ils peuvent s'en prévaloir;

Mais réciproquement, dans le second cas, les autres ne peuvent pas plus s'en prévaloir qu'ils ne peuvent leur être opposés.

Pourquoi donc pourraient-ils s'en prévaloir, puisque l'on convient qu'ils n'ont pas été représentés par leur cocréancier ?

Et certainement on en convient, puisque l'on reconnaît qu'ils ne peuvent pas leur être opposés !

2° C'est exagérer le mandat réciproque des créanciers solidaires, que de prétendre que chacun des créanciers a le pouvoir d'améliorer, de quelque manière que ce soit, la condition des autres.

Cette formule est trop vague.

Oui, les créanciers solidaires sont mandataires les uns des autres.

Mais pourquoi faire?

Pour demander le payement du total de la créance, pour la conserver et en assurer le recouvrement ;

Mais non pas pour faire toutes sortes de conventions, dont le résultat serait, au contraire, de dénaturer la créance!

3° Cette doctrine, qui nous paraît logique, est d'ailleurs aussi équitable.

Comment n'être pas choqué de l'inégalité de position que la doctrine contraire fait au débiteur, qui a traité avec l'un des créanciers solidaires, puisque la convention pourrait lui être opposée par les autres, si elle lui était désavantageuse, et qu'il ne pourrait pas, lui! l'opposer aux autres, si elle lui était avantageuse!

Nous concluons donc que la novation, la transaction ou le compromis consentis par l'un des créanciers, ne produisent pas plus d'effet, activement ou passivement, à l'égard des autres, que s'ils avaient été consentis par un tiers étranger à la créance.

A moins que celui des créanciers, qui les a consentis, n'ait déclaré agir tant en son nom qu'au nom de ses cocréanciers et comme leur gérant d'affaires.

Mais alors, le débiteur averti n'aurait rien à dire, puisqu'il aurait accepté la convention ainsi faite (comp. Colmet de Santerre, t. V, 130 *bis*, III).

188. — 2° Faire remise d'une sûreté, d'une caution ou d'une hypothèque, ce n'est pas faire remise de la créance (art. 1286).

Pas plus que ce n'est en faire novation, que de concéder ou de proroger un terme (art. 2039).

Il est vrai!

Pourtant, l'un des créanciers ne saurait renoncer à une sûreté, ni concéder ou proroger un terme que pour sa part, et non point pour la part de ses cocréanciers (arg. de l'art. 1201).

Ce n'est pas là, en effet, un acte qui ait généralement pour but d'obtenir ni d'assurer le payement de la créance. (Comp. Rodière, n° 22.)

189. — 3° C'est une question controversée et difficile, en effet, que celle de savoir quel doit être, relativement aux créanciers solidaires, l'effet de la chose jugée entre l'un d'eux et le débiteur, soit pour lui, soit contre lui.

Aussi, trois systèmes différents sont-ils en présence :

a. Le premier système enseigne que la chose jugée entre le débiteur et l'un des créanciers, est toujours, à l'égard des autres, *res inter alios acta* ; soit que le créancier qui a figuré dans l'instance, ait perdu, soit qu'il ait gagné; de sorte qu'elle ne peut, en aucun cas, *nuire* ni *profiter* aux autres.... *nec nocere, nec prodesse* (art. 1351).

S'il n'y a qu'une obligation *propter rem debitam,* dit Duranton, par rapport aux personnes, il y en a autant qu'il y a de créanciers ; or, la chose jugée n'est point un payement; elle produit seulement une présomption ou qu'il n'y a pas eu de dette ou que celle qui existait, a été éteinte; mais cette présomption n'a d'effet qu'entre les parties au procès et leurs héritiers.

Si donc le jugement a été rendu *en faveur du débiteur,* il lui profite pour la part de celui contre lequel il a été rendu, parce qu'il doit avoir l'effet d'une remise, d'après la maxime : *in judiciis quoque contrahimus.*

Et *vice versa,* si le jugement a été rendu *en faveur du créancier,* il ne profite pas aux autres créanciers, si ce n'est toutefois que la demande a interrompu la prescription aussi à leur profit, conformément à l'article 1199 (Duranton, t. XI, n° 179, et t. XIII, n° 521).

190. — *b.* D'après le second système il faut distinguer :

Le créancier, qui a seul plaidé contre le débiteur, a-t-il gagné?

La chose jugée *pour lui* profite aux autres créanciers.

A-t-il perdu?

La chose jugée *contre lui* ne leur nuit pas.

Cette distinction est, comme on voit, toute semblable

à celle que nous venons d'exposer sur une autre thèse (*supra*, n° 187).

Et c'est, en effet, aussi sur un motif semblable qu'on entreprend de la fonder, à savoir : que chacun des créanciers solidaires a bien mandat pour améliorer la condition des autres, mais qu'il n'a pas mandat pour l'empirer. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 140, note 7; Duvergier, sur Toullier, t. III, n° 726, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 12, et t. VI, p. 487-488; Rodière, n° 27.)

191. — *c.* Enfin, la solution du troisième système est que la chose jugée entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires, doit aussi être réputée jugée à l'égard des autres, soit que le créancier qui a seul figuré dans l'instance, ait gagné, soit qu'il ait perdu.

Telle est la solution, qui nous paraît la plus juridique.

Et nous espérons pouvoir démontrer qu'elle est conforme aux textes de notre Code; — aux principes de la solidarité; — ainsi qu'à la raison et à l'équité :

1° Aux termes de l'article 1197, chacun des créanciers solidaires a le droit *de demander le payement du total de la créance;* de le demander, seul, au nom de tous; de sorte *que le payement fait à l'un d'eux libère le débiteur* envers tous les autres.

Or, est-ce que le droit de demander le payement du total au débiteur, n'implique pas le droit de le poursuivre en justice et d'obtenir condamnation contre lui, pour le total, lorsqu'il refuse de payer?

Cela nous paraît certain.

Car, apparemment, la loi ne me dit pas que je n'ai *le droit* de demander le payement du total, que dans le cas où il plaît au débiteur de vouloir bien me le payer!

Comment! un texte formel dispose que j'ai le droit de demander seul, au nom de tous, le payement du total au débiteur,

Et néanmoins, il faudrait m'arrêter, dès l'instant où

le débiteur s'aviserait de soulever une résistance quelconque, même la plus mal fondée, sur l'existence ou l'extinction de la créance ! et il suffirait de son mauvais vouloir et de son caprice, pour me forcer à mettre en cause tous les autres créanciers !

Mais ceci n'est rien moins que l'entière destruction de la solidarité même !

Pareillement, aux termes de l'article 1198, *il est au choix du débiteur* de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires ; de lui payer, disons-nous, *le total*; de sorte qu'il est, par ce payement fait à l'un d'eux, libéré envers tous les autres.

Or, est-ce que ce droit, pour le débiteur, de payer le total à l'un des créanciers, n'implique pas le droit de le contraindre à le recevoir, et de faire des offres pour le total, de consigner, et d'obtenir, aussi pour le total contre le créancier, un jugement qui déclare ses offres et sa consignation valables ?

Cela nous paraît encore certain.

Car, apparemment, la loi ne dit pas au débiteur qu'il n'est à son choix de payer le tout à un seul des créanciers, que dans le cas où il plaît à ce créancier de le recevoir !

Et on ne saurait admettre que celui des créanciers auquel il veut faire le payement, puisse non plus, par son mauvais vouloir, et par son caprice, ou par une raison d'intérêt quelconque, le forcer d'appeler tous les autres créanciers !

Ceci, dirons-nous encore, serait la destruction de la solidarité même !

Aussi, les autres articles supposent-ils virtuellement le droit, pour chacun des créanciers solidaires, d'exercer seul au nom des autres, des poursuites contre le débiteur, pour le total. (Comp. art. 1198, 1199.)

Et si la poursuite comprend le total, le jugement le comprend nécessairement aussi !

2° Voilà les textes; et nous venons de reconnaître qu'ils dérivent des principes élémentaires de le solidarité elle-même.

Mais c'est ici surtout que les dissidents protestent; ils se récrient que les principes de la solidarité, au contraire, s'opposent à ce que l'un des créanciers puisse compromettre, par son fait personnel, les droits de ses cocréanciers.

Et ils demandent si, par exemple, un jugement rendu contre l'un d'eux, au profit du débiteur, qui aurait prêté le serment à lui déféré par ce créancier, aurait aussi contre les autres l'autorité de la chose jugée.

Assurément non! il ne l'aurait pas (art. 1365).

Mais cette objection ne prouve rien contre notre thèse; et déjà nous y avons répondu (*supra*, n° 177).

C'est que tout autre est le caractère d'un serment déféré par l'un des créanciers au débiteur;

Tout autre le caractère de la chose jugée entre le débiteur et l'un des créanciers.

La délation du serment, oh! sans doute, elle est le fait personnel du créancier; c'est, de sa part, une transaction, et comme nous l'avons dit, une sorte de remise conditionnelle de la dette; le plaideur, qui défère le serment à son adversaire, dessaisit, en effet, la justice; la décision du procès ne dépend plus du juge, qui peut-être condamnerait la partie qui va obtenir sa libération par son serment! la décision dépend désormais uniquement de cette partie elle-même, que l'autre partie vient de constituer juge dans sa propre cause..., *ex pactione ipsorum litigantium* (L. 2, ff. *De jurejurando*).

Très-différente est la chose jugée proprement dite, qui émane du magistrat représentant le pouvoir social, pour vider les litiges entre les citoyens; ce n'est plus alors le créancier solidaire qui dispose de la créance; c'est la justice du pays, qui prononce entre le créancier et le débiteur!

Que l'on ne dise pas que ce n'en est pas moins par son fait personnel, que le créancier, demandeur ou défendeur (il importe peu !), a exposé et compromis le total de la créance dans une instance judiciaire !

Rien ne serait exact dans une telle objection, pas plus l'expression que la pensée.

Un fait personnel, dit-on !

C'est un fait nécessaire, qu'il faut dire, un fait auquel le créancier solidaire est bien forcé de recourir et de se résigner, comme toute partie qui voit ses droits méconnus !

Et nous ne récusons pas moins ces mots : *exposer* et *compromettre*, appliqués à une instance régulièrement introduite devant la justice !

Res judicata pro veritate accipitur !

Voilà notre règle, la règle fondée sur les plus hautes considérations d'ordre public !

Aussi, nous paraît-il impossible, lorsque l'un des créanciers solidaires a plaidé contre le débiteur, et qu'il a succombé, que les autres viennent lui dire :

C'est par votre faute ! c'est par votre fait !

Non ! ce n'est pas par sa faute ni par son fait !

C'est par le résultat, devant lequel tous doivent s'incliner, d'une décision judiciaire souveraine !

3° Ce que nous venons de dire, prouve assez d'ailleurs dans quelles limites nous entendons renfermer notre thèse.

Notre avis est aussi que l'un des créanciers solidaires ne peut pas compromettre, par son fait personnel, les droits de ses cocréanciers.

Et, en conséquence, nous admettons que la chose jugée contre l'un d'eux, au profit du débiteur, ne serait pas opposable aux autres, s'il était vrai, en effet, qu'on pût lui opposer que la chose a été jugée contre lui, par suite de son fait personnel.

Ainsi d'abord, supposons que les autres créanciers de-

mandent à prouver que c'est par fraude et par collusion avec le débiteur que l'un d'eux s'est laissé condamner.

Bien certainement, ils pourront former tierce opposition au jugement; car ils n'auront pas été représentés par celui-là même qui les trahissait! (Art. 474 *Cod. de Procéd.*; comp. le tome II de ce *Traité*, n° 146.)

Il faut même aller plus loin; et indépendamment de toute collusion frauduleuse, nous croyons que le jugement rendu au profit du débiteur contre l'un des créanciers, n'aurait pas l'autorité de la chose jugée contre les autres, si ce jugement avait été rendu par suite d'un aveu, d'une renonciation ou d'une reconnaissance, que ce créancier aurait passé, ou encore si c'était par un acquiescement qu'il lui eût conféré l'autorité de la chose jugée.

Ce qu'il faut donc, pour que le jugement rendu contre l'un ait l'autorité de la chose jugée contre les autres, c'est que ce jugement n'ait été, en effet, déterminé par aucun fait personnel du créancier, qui figurait dans l'instance.

Mais aussi, dès que cette condition existe, nous maintenons que tous les actes de l'instance, depuis le premier jusqu'au dernier, depuis l'assignation jusqu'au jugement, que tout est, disons-nous, opposable aux autres créanciers. C'est ainsi que les delais pour se pourvoir par opposition ou appel, courent contre les autres, du jour de la signification faite à celui qui figure dans le procès; comme, pareillement, l'opposition des autres ne serait plus recevable, lorsque le jugement par défaut aurait été exécuté contre lui dans les six mois. (Art. 156 *Cod. de Procéd.*; comp. *infra*, n°s 362 et suiv.)

4° Telle est la théorie qui nous paraît la plus juridique.

Et nous ajoutons qu'elle nous paraît aussi la plus conforme à la raison et à l'équité.

Est-il raisonnable, en effet, et équitable que le débiteur puisse recommencer successivement contre chacun

des créanciers solidaires, le procès qu'il a perdu contre l'un d'eux !

Ou réciproquement, que chacun des créanciers puisse successivement, recommencer contre le débiteur, le procès que l'un d'eux a perdu !

Avec redoublement de frais et de lenteurs, dans les deux cas !

Mais c'est précisément pour éviter toutes ces poursuites successives et individuelles, que la solidarité a été faite !

Un seul pour tous !

Voilà sa devise !

5° Enfin, quant à la doctrine qui donne à l'un des créanciers le mandat pour *gagner*, et qui lui refuse le mandat pour *perdre*, nous lui reprochons d'être illogique et injuste :

Illogique ; car il ne s'agit pas de savoir si le créancier, qui engage l'instance au nom des autres, a mandat pour perdre ou pour gagner ; il s'agit de savoir s'il a mandat pour plaider !

Injuste ; car elle fait au débiteur une position d'une inégalité manifeste ! (Comp. *infra*, nos 366 et suiv. ; Rennes, 24 juill. 1810, Sirey, 1814, II, 134 ; Montpellier, 20 août 1810, Sirey, 1813, II, 283 ; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Chose jugée*, § 18, n° 1 ; Toullier, t. X, n° 204 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1322 ; Marcadé, art. 1198 ; Larombière, t. II, art. 1198, n° 15 ; Colmet de Santerre, t. V. n° 328 *bis* XXVII.)

192. — 4° La créance solidaire peut-elle s'éteindre par la compensation de ce que l'un des créanciers doit au débiteur ?

Je suis débiteur solidairement d'une somme de 12 000 francs envers Pierre, Paul et Jacques.

Pierre, l'un des créanciers, devient mon débiteur d'une somme égale.

Et, ensuite, l'un des autres créanciers, Paul, me demande le payement de la créance solidaire.

Puis-je opposer à Paul, qui, lui! ne me doit rien, la compensation de ce que Pierre me doit?

Nous supposons, bien entendu, que les deux dettes entre Pierre et moi, réunissent toutes les conditions requises pour que la compensation s'opère (art. 1291).

Ce qu'il faut supposer aussi, c'est que je n'avais pas encore été prévenu par les poursuites de Paul, au moment où la compensation, que je prétends lui opposer du chef de Pierre, s'est opérée entre celui-ci et moi; il est évident que, si j'avais été prévenu par les poursuites de l'un, je ne pourrais pas plus lui opposer la compensation du chef de l'autre, que je ne pourrais lui faire le payement (art 1198); car, la compensation, qui tient lieu de payement, ne peut pas plus que le payement lui-même avoir lieu au préjudice des droits acquis à un tiers (comp. art. 1242, 1298).

193. — Eh bien! donc, les deux dettes sont compensables; et Paul ne m'avait encore rien demandé, quand Pierre est devenu mon débiteur.

Puis-je opposer à Paul la compensation de ce qui m'est dû par Pierre?

Pourquoi pas?

Le payement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers les autres, qui ne peuvent lui rien demander ensuite;

Or, la compensation est un payement fictif, non moins énergique que le payement réel, puisqu'elle s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des parties (art. 1290) : *qui compense, paye!*

Donc, la compensation opérée entre l'un des créanciers solidaires et le débiteur, libère celui-ci envers les autres; donc, le débiteur poursuivi par l'un des créanciers, peut lui opposer la compensation de ce qui lui est dû par un autre créancier, qui ne le poursuit pas.

Cet argument est, suivant nous, péremptoire.

La conclusion, que nous en tirons, a été contestée

pourtant; et on a soutenu que le débiteur ne peut pas opposer à l'un des créanciers solidaires la compensation de ce que l'autre créancier lui doit, si ce n'est, tout au plus, jusqu'à concurrence de la part de celui-ci dans la créance.

Cette dissidence est fondée principalement sur deux motifs :

1° Sur un argument d'analogie, que l'on déduit de l'article 1294, qui porte que « le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur ; »

2° Sur le principe que le débiteur ne peut pas opposer au mandant la compensation de ce qui lui est dû par le mandataire. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 500 ; Marcadé, art. 1198.)

Mais ni l'une ni l'autre de ces objections ne nous paraît pouvoir ébranler la doctrine que nous proposons :

1° D'abord, quant à l'article 1294, il ne s'applique, dans son texte, qu'à la solidarité entre les débiteurs ; et c'est une disposition exceptionnelle, qui ne saurait être étendue à la solidarité entre les créanciers.

Nous verrons, en effet, que l'explication n'en est pas facile ; ce n'est pas le moment de l'entreprendre ; mais, parmi les motifs, que l'on en peut fournir, il n'y en a pas un seul, qui convienne à la solidarité entre les créanciers.

Le vrai motif, qui a inspiré, suivant nous, au législateur l'article 1294, a été d'empêcher l'immixtion de l'un des codébiteurs dans les affaires particulières qui peuvent exister entre l'un de ses codébiteurs et le créancier, c'est-à-dire dans des affaires qui ne sont pas les siennes et qui ne le regardent pas ;

Or, ce motif est inapplicable à la solidarité entre les créanciers ; le débiteur, en effet, qui oppose à l'un d'eux la compensation de ce que l'autre lui doit, à lui-même,

se mêle, bien et dûment, de ses propres affaires, et non pas de celles des autres.

L'argument d'analogie, que l'on veut déduire de l'article 1294, n'a donc aucune portée.

2° Mais, dit-on, le débiteur ne peut pas opposer au mandant la compensation de ce que le mandataire lui doit.

Or, celui des créanciers solidaires qui ne doit rien au débiteur, et qui lui demande le payement, n'est, dans ses rapports avec son cocréancier, qu'un mandataire.

La réponse nous paraît facile :

S'il est vrai, en effet, que le débiteur ne peut pas opposer au mandant la compensation de ce qui lui est dû par le mandataire, il n'est pas moins vrai que le débiteur peut opposer au mandataire la compensation de ce qui lui est dû par le mandant;

Or, les créanciers solidaires étant réciproquement les *mandataires* les uns des autres, il est manifeste qu'ils sont aussi, réciproquement, les *mandants* les uns des autres;

Donc, quand le débiteur oppose à l'un d'eux la compensation de ce que l'autre lui doit, il n'oppose pas au mandant la compensation de ce que le *mandataire* lui doit; c'est au mandataire, qu'il oppose la compensation de ce que lui doit le *mandant*.

Un créancier solidaire, dit justement M. Rodière, joue, par rapport à son cocréancier, le double rôle de mandant et de mandataire, sans qu'on puisse dire quel est celui de ces rôles qui prédomine (n° 16).

Ajoutons que c'est méconnaître le caractère du mandat réciproque qui résulte de la solidarité que de l'assimiler à un mandat ordinaire!

A la différence du mandat ordinaire, le mandat qui résulte de la solidarité, est irrévocable; il est une des clauses constitutives du contrat primitif; et c'est pour le débiteur un droit qui ne saurait lui être enlevé, de faire

le payement de la créance à celui des créanciers qu'il veut choisir.

Est ce que le débiteur peut payer entre les mains d'un mandataire ordinaire, malgré le mandant?

Non sans doute!

Or, tout au contraire, le débiteur peut payer à l'un des créanciers solidaires, malgré les autres créanciers, qui ne pourraient pas révoquer leur mandat au détriment du débiteur.

3° L'article 1198 fournit d'ailleurs aussi, à l'appui de notre doctrine, un puissant argument.

Comment! si le débiteur avait été prévenu par les poursuites de l'un des créanciers, il ne pourrait plus faire le payement à un autre.

Or, l'effet de la compensation opérée du chef de l'un des créanciers, doit certainement équivaloir à ses poursuites; cet effet énergique, d'où résulte immédiatement l'extinction même de la créance!

4° Enfin, tous reconnaissent (et il le faut bien!) que si le débiteur avait été poursuivi d'abord par celui des créanciers auquel il pouvait opposer la compensation et qu'il la lui eût opposée, tous, disons-nous, reconnaissent qu'il serait dès lors libéré envers les autres créanciers, aussi bien que s'il eût fait un payement;

Or, la compensation n'a pas besoin d'être opposée pour s'accomplir; elle s'accomplit, extrajudiciairement, aussi bien que judiciairement, puisqu'elle a lieu, de plein droit, par la seule force de la loi!

Ce dernier argument complète notre démonstration.

Aussi, concluons-nous que la compensation s'opère, en effet, de plein droit entre le débiteur et celui des créanciers solidaires dont il devient lui-même créancier; de sorte que :

1° Les autres créanciers n'ont plus d'action contre le débiteur, et que chacun d'eux ne peut demander que sa part au créancier, du chef duquel la compensation a eu lieu;

2° Que si le débiteur, poursuivi par un autre créancier, le payait, au lieu de lui opposer la compensation, il ferait un payement sans cause. (Comp. Duranton, t. XI, n° 178; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 12; Rodière, n° 16; Colmet de Santerre, t. V, n° 130 *bis* IV; Larombière, t. II, art. 1198, n° 8.)

194. — Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement la compensation *intégrale*, ainsi que quelques auteurs sembleraient supposer, que le débiteur peut opposer à l'un des créanciers du chef de l'autre.

C'est aussi, suivant nous, la compensation *partielle*, qu'il peut lui opposer jusqu'à due concurrence.

Car la compensation s'opère, pour partie comme pour le tout, entre les deux dettes jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (art. 1290).

Et nous avons vu que l'un des créanciers solidaires peut recevoir un payement partiel, aussi bien qu'un payement total. (Comp. *supra*, n° 155; Rodière, n° 16.)

195. — 5° La créance solidaire peut-elle s'éteindre par la confusion, lorsque le débiteur devient l'héritier de l'un des créanciers, ou réciproquement lorsque l'un des créanciers devient l'héritier du débiteur?

C'est notre dernière question. (Comp. *supra*, n° 182.)

J'étais débiteur solidaire d'une somme de 12000 fr., envers Pierre, Paul et Jacques.

Je deviens héritier de Pierre, ou Pierre devient mon héritier.

Quel est l'effet, relativement à la créance solidaire, de cette réunion, dans le même sujet, des deux qualités de créancier et de débiteur?

Que la créance soit éteinte au moins pour la part, qui était afférente à celui des créanciers, qui est devenu l'héritier du débiteur, ou dont le débiteur est devenu l'héritier, cela est d'évidence! si donc la part de Pierre, à qui j'ai succédé, était du tiers, la créance est éteinte pour ce tiers; car je ne peux pas me poursuivre moi-même!

Mais la créance solidaire est-elle aussi éteinte, à l'égard des deux autres créanciers, Paul et Jacques, quant aux parts qui leur appartiennent?

L'intérêt de cette question peut être considérable.

Si, en effet, la créance solidaire n'est pas éteinte pour les 8000 fr. dont elle se compose encore, il s'ensuit :

1° Que l'un ou l'autre des deux créanciers peut demander au débiteur le total, déduction faite seulement d'une part;

2° Que les sûretés accessoires, hypothèques ou autres, qui garantissent la créance solidaire, subsistent toujours avec elle, et que chacun des créanciers peut s'en prévaloir.

Tandis que, si la créance solidaire est éteinte, il arrivera :

1° Que chacun des créanciers devra exercer divisément son action en recours contre le débiteur; chacun donc pour 4000 fr., seulement, dans notre exemple;

2° Que cette action en recours ne sera pas garantie par les sûretés accessoires, qui protégeaient la créance primitive, et qui seront éteintes avec elle.

La doctrine généralement admise est que la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part du créancier, qui a succédé au débiteur ou auquel le débiteur a succédé.

Mais cette doctrine est contestée par M. Colmet de Santerre :

« Si la confusion, dit notre savant collègue, s'opère entre la personne d'un des créanciers solidaires et celle du débiteur commun, elle éteint l'obligation solidaire et ne laisse plus subsister que l'action en recours de chaque cocréancier contre celui en la personne de qui s'est opérée la confusion. »

Le motif principal, qu'il en donne, c'est que le débiteur a le droit de choisir celui des créanciers auquel il fait le payement, et que, quand il est lui-même un des

créanciers, il est de toute évidence qu'il a dû se payer à lui-même.

M. Colmet de Santerre ajoute :

« La loi, il est vrai, dans les articles 1209 et 1301, admet l'effet partiel de la confusion, quand un débiteur solidaire devient héritier d'un créancier unique, et réciproquement. Mais il n'y a pas analogie avec notre espèce, parce que, quand il s'agit de créanciers solidaires, nous partons de cette idée que le débiteur a le droit de choisir celui à qui il fait le payement, et que c'est pour cela qu'il est censé se payer à lui-même; au contraire, si on suppose des débiteurs solidaires, dont l'un hérite du créancier, c'est ce créancier, qui peut choisir le débiteur, auquel il demande le payement; et il faut bien lui reconnaître le droit de s'adresser aux autres. » (T. V, n° 130 *bis*, V.)

Ce motif suffit-il à justifier la solution que M. Colme de Santerre en a déduite?

Nous ne le pensons pas.

Que le débiteur, devenu héritier de l'un des créanciers solidaires, doive être présumé se payer à lui-même sa part dans la créance, cela est, en effet, d'évidence!

Mais nous n'apercevons pas aussi clairement pourquoi il devrait être présumé se payer à lui-même les parts des autres créanciers solidaires.

De cette présomption, il n'y a pas, suivant nous, de motif.

Et voilà pourquoi, en effet, la confusion ne produit qu'une extinction restreinte et relative seulement aux deux personnes dont l'une succède à l'autre. Aussi a-t-elle pour résultat d'affranchir du lien de l'obligation l'une des personnes, qui s'y trouvaient engagées, plutôt que d'éteindre l'obligation elle-même.

.... *Confusione obligationis eximi personam*, disait Paul, précisément à l'occasion des obligations corréales (L. 71, *princ.*, ff. *De Fidej.*).

Il est vrai que le fragment du jurisconsulte romain ne se rapporte qu'à la corréalité passive (*des correi promittendi*), et qu'il n'existe aucun fragment semblable pour la corréalité active (*des correi stipulandi*).

D'où M. Demangeat conclut, dans son excellente Étude des *Obligations solidaires en droit romain*, que cette absence de texte permet de croire que, chez les Romains, comme chez nous, la corréalité entre les débiteurs se présentait plus souvent, avec une importance pratique plus grande, que la corréalité entre les créanciers; et c'est, ajoute-t-il avec raison, la nature même des choses qui veut qu'il en soit ainsi. (Comp. *supra*, n° 125.)

Mais, dans ce silence des textes, quelle est la solution de l'éminent magistrat?

C'est que « si on suppose une confusion opérée entre le débiteur commun et l'un de plusieurs *rei stipulandi*, il y aura lieu à l'application des mêmes principes » pour la corréalité active, que pour la corréalité passive (p. 286 à 289).

Telle est aussi la solution que nous croyons devoir proposer, dans notre droit.

Les rédacteurs du Code Napoléon ont fait, en ceci, comme les jurisconsultes romains; ils n'ont appliqué le principe de la confusion qu'en ce qui concerne la solidarité entre les débiteurs. (Art. 1209, 1301.)

Eh bien! nous dirons également que, si on suppose la solidarité entre les créanciers, il y aura lieu à l'application du même principe (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. II; Marcadé, art. 1198; Rodière, n° 17).

196. — Ce principe d'ailleurs, devrait être appliqué, *mutatis mutandis*, dans le cas où le débiteur succéderait à l'un des créanciers solidaires, non point pour le total de la créance, mais seulement pour une quotité.

Mais ce n'est pas ici le lieu de nous étendre sur ce mode d'extinction des obligations, que nous retrouverons bientôt à sa place.

197. — Quant à l'extinction de la créance solidaire par la perte fortuite de la chose due, nous n'en avons rien dit (*supra*, n° 182).

Et nous n'en avons rien à dire.

Si ce n'est, ce qui est de toute évidence ! que son effet libératoire est absolu, puisque, en détruisant la chose qui faisait, pour tous, l'unique objet de l'obligation, elle libère nécessairement, du même coup, le débiteur envers tous les créanciers. (Comp. art. 1234, 1302.)

§ II.

De la solidarité de la part des débiteurs.

198. — Les rédacteurs du Code n'ont, comme nous venons de le voir, dans le premier paragraphe de cette section, consacré que trois articles à la solidarité entre les créanciers.

On pourrait même croire qu'ils l'ont ensuite oubliée; car il est notable que les autres articles, dans lesquels ils s'occupent des obligations solidaires, se rapportent presque tous à la solidarité entre les débiteurs. (Comp. art. 1301, 1294.)

C'est que, en effet, celle-ci est plus importante et plus pratique que l'autre (*supra*, n° 125).

Aussi, ce second paragraphe qui en pose les règles, est-il beaucoup plus complet que le premier.

199. — Nous examinerons, en ce qui concerne la solidarité entre les débiteurs, les trois points suivants; à savoir :

A. — En quoi elle consiste; et dans quels cas elle a lieu;

B. — Quels en sont les effets;

C. — Comment elle peut cesser.

En quoi consiste la solidarité entre les débiteurs; et dans quels cas elle a lieu.

SOMMAIRE.

200. — Quels sont les éléments constitutifs de la solidarité entre les débiteurs?
201. — Suite.
202. — Suite.
203. — L'unité de la dette solidaire implique essentiellement l'unité de la chose, qui en est l'objet.
204. — Suite.
205. — L'unité de la dette solidaire implique également l'unité de la cause, qui en est l'objet.
206. — L'unité de la dette solidaire implique-t-elle aussi l'unité d'acte et de temps? — En d'autres termes, faut-il que l'obligation, pour être solidaire, ait été contractée par tous les débiteurs, dans le même acte et dans le même temps?
207. — Suite.
208. — Suite.
209. — Suite.
210. — Si la dette solidaire est une, quant à la chose et à la cause, elle est multiple quant aux personnes des débiteurs, qui y sont obligés. — Explication. — Conséquences.
211. — Suite. — Du cas où l'un des codébiteurs est obligé sous une condition; tandis que l'autre est obligé purement et simplement.
212. — Suite.
213. — Suite.
214. — Suite.
215. — Suite.
216. — Suite.
217. — Suite.
218. — La solidarité ne se présume point. — Elle peut être constituée soit par la volonté de l'homme, soit par la loi.
219. — *a*. La volonté de l'homme peut constituer la solidarité dans deux cas :
220. — 1° Par testament. — Explication.
221. — 2° Par convention. — C'est surtout dans les obligations conventionnelles que la solidarité entre les débiteurs joue un rôle considérable.
222. — Pourquoi la solidarité ne se présume point. — Conclusion.
223. — Suite.
224. — Suite.
225. — Suite.
226. — Suite.
227. — Suite.
228. — Faut-il voir une promesse de solidarité, envers le créancier, dans le cautionnement que les codébiteurs conjoints se promettent réciproquement l'un envers l'autre?

200. — L'article 1200 est ainsi conçu :

« Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul, libère les autres envers le créancier. »

L'article 1201 ajoute :

« L'obligation peut être solidaire, quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre, au payement de la même chose; par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple; ou si l'un a pris un terme, qui n'est point accordé à l'autre. »

Les explications, que nous avons déjà fournies sur la solidarité en général, et sur la solidarité active en particulier, vont rendre plus facile l'étude que nous avons à faire de la solidarité passive. (Comp. *supra*, nos 116 et suiv.; 128 et suiv.)

201. — Appliquons donc à l'article 1200 le même procédé d'interprétation, que nous avons appliqué à l'article 1197.

Et demandons-nous quel est le fait, que cette disposition représente et qu'elle a pour but de régler.

Pierre, Paul et Jacques se réunissent pour m'emprunter 12000 fr.

Il est convenu que je pourrai demander à chacun d'eux la totalité de la somme, sauf, entre eux, leurs recours réciproques, et que, une fois que l'un d'eux me l'aura payée, les autres seront aussi libérés envers moi.

Voilà l'espèce de cet article ; et il est, dirons-nous encore, facile d'y découvrir, à première vue, les trois règles fondamentales, et les *trois clefs* de la solidarité passive :

I. — Chacun des codébiteurs est tenu, envers le créancier, pour le tout, comme s'il était seul débiteur.... *singuli solidum debent.*

II. — Tous les codébiteurs ensemble n'en sont tenus qu'une seule fois.... *unum debent omnes.*

III. — Il existe, entre les codébiteurs, un mandat réciproque, par suite duquel ils se représentent les uns les autres, envers le créancier ; nous verrons qu'elle est l'étendue et la limite de ce mandat.

Cette dernière règle ne dérive pas moins que les deux autres, de la notion essentielle de toute solidarité.

Et cette notion serait incomplète, si l'on s'en tenait aux termes de l'article 1200, qui ne la mentionne pas.

Il ne suffit pas, en effet, pour caractériser la solidarité entre les débiteurs, de dire que chacun d'eux peut être contraint pour la totalité. L'indivisibilité aussi produit ce résultat, que, entre plusieurs débiteurs, chacun d'eux peut être contraint pour la totalité (Art. 1222).

Mais, à part ce commun résultat, tout autre est la solidarité, tout autre l'indivisiblité! (Art. 1219.)

Nous exposerons plus tard les conséquences très-différentes, qui dérivent de l'une et de l'autre.

Ce qu'il importe, toutefois, de signaler dès à présent, c'est la différence même du principe qui engendre, pour chacune d'elles, ces conséquences si dissemblables.

Or, précisément, ce principe, c'est que la solidarité implique, entre les codébiteurs, un mandat réciproque, que n'implique pas, au contraire, l'indivisibilité.

202. — Ce qui constitue le caractère distinctif de l'obligation solidaire, c'est qu'elle est tout à la fois *une* et *multiple*.

Ces deux éléments, qui sembleraient s'exclure, s'allient, au contraire, et fonctionnent ensemble parfaitement (comp. *infra*, nos 209 et suiv.).

D'une part, l'unité, l'identité de la dette;

D'autre part, la multiplicité, la variété des liens, par lesquels chacun des codébiteurs s'y trouve engagé.

Une seule dette;

Plusieurs débiteurs;

Voilà le double et inséparable aspect de la solidarité!

203. — L'unité de la dette implique essentiellement l'unité de la chose qui en est l'objet.

Aussi, faut-il que tous les codébiteurs soient obligés *à une même chose*. (Art. 1200, 1201, 1887.)

.... *Eamdem pecuniam*, disait Javolenus. (L. 2, ff. *De duob. reis.*)

Comment, en effet, le payement fait par l'un pourrait-il libérer l'autre, si chacun d'eux devait une chose différente, celui-ci un champ, celui-là une maison!

Il n'y aurait pas là une seule obligation; il y aurait deux obligations distinctes. (Comp. *supra*, nos 103 et suiv.; Pothier, n° 268.)

204. — Mais voici que Paul s'oblige solidairement avec Pierre, à payer une somme de 20 000 fr. à Joseph;

Tandis que Pierre s'oblige solidairement avec Paul à payer seulement à Joseph une somme de 10 000 fr.

Est-ce valable?

Assurément!

Non pas, bien entendu, que Pierre soit débiteur solidaire d'une somme de 20 000 fr., puisqu'il n'a promis que 10 000 fr.

Mais ces 10 000 fr., il les a promis solidairement avec Paul; et rien ne s'oppose à ce qu'il soit, dans cette mesure, son codébiteur solidaire envers Joseph.

Car, dans cette mesure, tous les deux doivent bien, effectivement, *eamdem pecuniam*.

Cet exemple, loin de prouver que la chose qui fait l'objet de l'obligation solidaire, pourrait n'être pas la même, prouve au contraire qu'il faut toujours qu'elle soit la même, puisque la solidarité s'arrête à la limite précisément où s'arrête l'identité de l'objet dû!

Ce qui est vrai donc, c'est qu'il n'est pas nécessaire que chacun des codébiteurs doive exactement autant que son codébiteur.

Il n'y a pas de raison, en effet, pour que cette différence dans la quotité ou dans l'étendue soit un obstacle à la solidarité. (Comp. Larombière, t. II, art. 1200, n° 2.)

205. — De même que l'unité de la dette implique l'unité, l'identité de *la chose*, qui en est l'objet, elle implique aussi l'unité, l'identité de *la cause*.

Il faut donc que la dette contractée par tous les codébiteurs, ait la même cause.... *parem causam*. (L. 9, § 2, ff. *De duobus reis*.)

Car la cause est, au même degré que l'objet, l'un des éléments constitutifs de l'obligation. (Art. 1108, 1131.)

Là où se trouveraient deux causes différentes, il n'y aurait pas non plus une seule obligation; il y aurait deux obligations différentes.

Et comment se pourrait-il que le payement fait par l'un libérât l'autre, puisque l'un et l'autre serait tenu, chacun de son côté, d'une dette séparée et indépendante !

206. — Devons-nous dire aussi que l'unité de la dette implique l'unité d'acte et de temps?

En d'autres termes, faut-il que l'obligation, pour être solidaire, ait été contractée par tous les débiteurs, dans le même acte et dans le même temps?

Telle est sans doute l'hypothèse ordinaire; et le plus souvent, en effet, c'est par le même acte, simultanément, que tous les codébiteurs solidaires consentent leur commune obligation envers le créancier.

Il n'en faut pas conclure, pourtant, que l'unité de la dette, dans son objet et dans sa cause, entraîne, comme conséquence, la nécessité que les codébiteurs, pour être solidaires, se soient obligés par le même acte.

Cette hypothèse étant la plus usuelle, on comprend que la loi, en général, s'y réfère (comp. art. 1995); mais elle n'en fait pas une règle obligatoire.

Les débiteurs peuvent donc s'obliger successivement, les uns après les autres, par des actes séparés; mais à une condition, toutefois, qu'il importe d'ajouter, à savoir : que ces différents actes se relient entre eux par une mutuelle corrélation, c'est-à-dire que le premier se référerait au second et le second au premier.

Aujourd'hui, par un acte où je figure seul, je m'oblige solidairement avec Paul, à payer 10 000 fr. à Pierre.

Et le lendemain, par un autre acte où Paul figure seul, il s'oblige, solidairement avec moi, à payer ces mêmes 10 000 fr. à Pierre.

Nous serons alors, Paul et moi, codébiteurs solidaires envers Pierre.

Supposez, au contraire, ceci :

Je m'oblige aujourd'hui à payer 10 000 fr. à Pierre, sans faire aucune mention de Paul, qui ne figure pas dans cet acte.

Et le lendemain, par un acte où il figure seul, Paul s'oblige, solidairement avec moi, à payer à Pierre ces mêmes 10 000 fr.

Nous ne serons pas, Paul et moi, codébiteurs solidaires envers Pierre, quoique Duranton paraisse enseigner le contraire (t. XI, n° 194); ce qui lui a valu une très-vive attaque de Marcadé! (Art. 1202, n° 605.)

Paul pourra bien être ma caution solidaire, en ce sens que le créancier pourra lui demander le payement du total de la dette.

Mais mon codébiteur solidaire, il ne le sera certainement pas!

Et, par exemple, il est incontestable que les poursuites faites contre lui par le créancier, n'interrompraient pas la prescription contre moi. (Comp. art. 1206.)

« *Si ex duobus reis, qui promissuri sint, hodie alter, alter postera die responderit, non esse duos reos,* » disait Venuleius (L. 12, *princ.*, ff. *De duobus reis*).

Pourquoi ?

Il y en avait bien un motif particulier dans la forme rigoureuse de la stipulation romaine.

Mais, indépendamment de ce motif, on en trouve l'explication très-juridique dans la troisième règle que nous avons posée, c'est-à-dire dans ce mandat mutuel, par lequel les codébiteurs se représentent réciproquement, envers le créancier. (Comp. *supra*, n° 201.)

Le mandat, en effet, est une convention, qui ne peut

se former que par le concours des volontés du mandant, qui donne le pouvoir de faire quelque chose en son nom, et du mandataire, qui l'accepte (art. 1984).

Et par conséquent, il est indispensable, pour que la solidarité s'établisse, que les codébiteurs soient en rapport l'un avec l'autre, de manière à pouvoir se choisir et se donner ce mandat qui en est l'un des caractères constitutifs.

Est-ce que je puis être représenté, pour un acte interruptif de prescription, par une personne, que je n'ai pas agréée, et que peut-être je n'aurais pas voulu agréer! (Comp. Toullier, t. III, n° 723; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II p. 260; Larombière, t. II, art. 1200, n°s 5-6; Marcadé, art. 1200, n° 11; Rodière, n° 39; Colmet de Santerre, t. V, n° 134 *bis*, II.)

207. — Cette distinction est capitale!

Tout autre est, en effet, le cautionnement, même solidaire;

Tout autre l'obligation solidaire proprement dite.

Le cautionnement, même solidaire, n'est qu'une obligation accessoire à une autre obligation, qui seule est principale;

Tandis que *l'obligation solidaire* se compose d'un groupe, et comme d'un faisceau d'obligations principales, qui sont toutes, en effet, placées sur le premier plan, et dans lesquelles chacun des débiteurs est aussi directement engagé que s'il était seul débiteur envers le créancier!

Nous ne tarderons pas à reconnaître combien sont graves les conséquences qui résultent de cette distinction entre l'obligation solidaire et le cautionnement.

208. — Mais, pourtant, l'article 2021 semble assimiler la caution solidaire au débiteur solidaire!

« La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens; à moins que la caution n'ait re-

non c au bénéfice de discussion, *ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas, l'effet de son engagement se règle par les principes, qui ont été établis pour les dettes solidaires.* »

Non ! certainement, le législateur n'a pas confondu le cautionnement solidaire avec l'obligation solidaire !

Remarquez, en effet, que cet article ne parle que de la caution, qui s'est obligée solidairement *avec le débiteur,* c'est-à-dire dans le même acte, dans le même temps, et non de celui qui, depuis, s'engage comme caution solidaire, sans l'ordre des principaux obligés (comp. Toullier, t. III, n° 723; Duvergier, *h. l.*, note *a*).

209. — Ce que nous venons de dire prouve assez qu'il faut se garder de décomposer l'obligation de chacun des débiteurs solidaires en une obligation principale et en une obligation accessoire de cautionnement.

Cette espèce d'analyse pourrait, sans doute, paraître ingénieuse.

Voici deux codébiteurs solidaires d'une somme de 10 000 fr., Pierre et Paul; chacun d'eux est intéressé, pour sa part virile, dans l'affaire.

Est-ce qu'il n'est pas vrai que Pierre est débiteur principal seulement de sa part, 5000 fr. ; et qu'il n'est que caution de Paul pour la part de celui-ci, 5000 fr.

De même que Paul débiteur principal pour sa part, n'est, pour l'autre part, que la caution de Pierre ?

Eh bien ! non, cela n'est pas vrai ! et cet aperçu, si spécieux qu'il puisse paraître, serait tout à fait inexact, au point de vue qui nous occupe en ce moment.

Ce que nous entreprenons ici, c'est de caractériser l'obligation solidaire, dans son essence constitutive !

Or, l'obligation solidaire, ainsi envisagée, est, au contraire, une obligation unique dans laquelle il faut que chacun des débiteurs soit obligé à la prestation de la chose, aussi totalement que s'il eût seul contracté l'obligation. (Pothier, n° 262.)

Il peut arriver sans doute, et presque toujours, en effet, il arrive que celui des codébiteurs, qui a fait seul cette prestation, a une action en recours contre les autres, action résultant d'un contrat de mandat, de société, ou de cautionnement.

Mais il ne faut pas tenir compte de ces conséquences, qui dérivent, entre les codébiteurs, de l'obligation solidaire une fois acquittée, pour la caractériser elle-même dans son principe.

Autrement, on en viendrait à appliquer les règles du cautionnement au codébiteur solidaire, pour les parts de ses codébiteurs, qu'il ne doit pas supporter définitivement dans l'obligation!

Or, il n'en saurait être ainsi; et nous ne tarderons pas à reconnaître combien de différences séparent les codébiteurs solidaires d'avec les cautions, même solidaires!

210. — Mais, s'il n'y a qu'une seule dette, il y a plusieurs débiteurs, dont chacun est engagé individuellement par un lien qui lui est particulier.

C'est ce que Papinien exprimait excellemment :

« .... *Nam, etsi parem causam suscipiant, nihilominus in cujusque personna propria singulorum consistit obligatio.* » (L. 9, § 2, ff. *h. t.*)

Et, dès lors, rien ne fait obstacle à ce que chacun d'eux, en effet, soit engagé d'une manière différente.

On dira peut-être (c'est l'objection que se faisait Pothier) qu'il répugne qu'une seule et même obligation ait des qualités opposées; qu'elle soit pure et simple à l'égard de l'un des débiteurs et conditionnelle à l'égard de l'autre.

La réponse est que l'obligation solidaire est une, à la vérité, par rapport à la chose, qui en fait l'objet; mais elle est composée d'autant de liens qu'il y a de personnes différentes, qui l'ont contractée; et ces personnes étant différentes entre elles, les liens qui les obligent sont

autant de liens différents, qui peuvent, par conséquent, avoir des qualités différentes. (N° 263.)

211. — L'un des codébiteurs peut donc être obligé sous une condition; tandis que l'autre est obligé purement et simplement.

Ce premier exemple de notre règle, quoiqu'il paraisse le plus radical, est néanmoins le plus simple.

Est-ce sous une condition suspensive, que l'un des codébiteurs est obligé?

Tant que la condition est en suspens, il n'est pas encore, vraiment, codébiteur! « *Spes est tantum debitum iri....* » (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 356.)

Et ensuite, de deux chose l'une :

Si la condition s'accomplit, il sera réputé avoir été, dès le principe, obligé purement et simplement comme son codébiteur;

Et si la condition ne s'accomplit pas, il sera, au contraire, réputé n'avoir jamais été débiteur du tout. (Art. 1179; comp. le tome II, n° 449.)

De sorte que, dans la vérité des principes, on pourrait dire qu'il n'y a pas un seul moment, en présence, un codébiteur solidaire, obligé différemment de l'autre.

La même observation sera vraie, *mutatis mutandis*, si on suppose que c'est sous une condition résolutoire, que l'un des codébiteurs s'est obligé.

Tant que la condition est en suspens, il est bien et dûment codébiteur solidaire.

Et ensuite de deux choses l'une :

La condition s'accomplit-elle? il sera réputé n'avoir jamais été codébiteur.

La condition ne s'accomplit-elle pas? il ne cessera pas de l'être; et il l'aura été, dès le principe, tout autant que son codébiteur, qui s'était obligé purement et simplement.

212. — A plus forte raison, la solidarité ne fait-elle

pas obstacle à ce que l'obligation de l'un des codébiteurs soit à terme, tandis que l'autre serait exigible.

213. — Encore moins, s'oppose-t-elle à la différence des lieux, dans lesquels l'obligation devrait être exécutée par l'un et par l'autre des codébiteurs.

Il a été stipulé que le créancier pourra demander le payement contre Paul à Paris, et contre Pierre à Marseille.

Eh bien! il pourra demander, en effet, à chacun d'eux le payement au lieu indiqué : à Paris, pour l'un; à Marseille, pour l'autre.

En quoi la solidarité est-elle atteinte par ces différences accidentelles dans l'obligation particulière de chacun d'eux?

214. — Bien plus! l'obligation de l'un des codébiteurs pourrait être sujette à une cause de nullité ou de rescision, pour vices du consentement, par exemple, ou pour incapacité;

Tandis que l'obligation des autres codébiteurs serait exempte de toute cause de rescision.

Est-ce que la solidarité empêcherait que l'obligation valablement contractée fût, en effet, valable?

Apparemment non! (Comp. art. 1208.)

La solidarité en soi, disons-nous, n'y ferait pas obstacle, sauf à examiner si chacun des codébiteurs ne s'est engagé que sous la condition, expresse ou tacite, que les autres seront aussi, comme lui, valablement engagés; ce qui devient une question de fait. (Comp. Demangeat, *des Obligat. solid. en Droit romain*, p. 392 et suiv.)

215. — Et maintenant, quel sera l'effet de ces diversités des liens individuels par lesquels chacun des codébiteurs est engagé, en son particulier, dans l'obligation commune?

Rien de plus simple!

Chacun d'eux sera tenu, eu égard au lien plus ou moins étroit de l'obligation, qu'il aura personnellement

contractée, et dans la mesure des droits, qui en résultent pour le créancier.

Mon codébiteur ne s'est obligé que sous condition ou à terme;

Et moi, je me suis obligé purement et simplement.

Eh bien! mon codébiteur ne pourra être poursuivi qu'après l'accomplissement de la condition ou l'échéance du terme;

Et moi, je pourrai être poursuivi de suite :

« ....*Nec impedimento erit dies vel conditio quominus ab eo qui pure obligatus est, petatur.* » (Inst., § 2, *de Duobus reis.*)

216. — Ce n'est pas seulement le créancier, qui doit attendre l'évenement de la condition ou l'échéance du terme, pour poursuivre celui des codébiteurs, qui ne s'est obligé que sous condition ou à terme.

C'est aussi l'autre codébiteur, qui s'est obligé purement et simplement.

Il est évident qu'il ne pourrait lui-même exercer, contre son codébiteur, une action en recours, dans le cas où il aurait fait le payement du total de la dette au créancier, qu'après l'événement de la condition ou l'échéance du terme, sous lequel ce codébiteur s'est originairement obligé.

217. — Nous supposons que c'est, en effet, dans le titre originaire que se trouve la modalité, condition ou terme, qui affecte l'obligation dans l'intérêt particulier de l'un des codébiteurs.

Si c'était après coup, que le créancier eût accordé à l'un des codébiteurs un terme, auquel, d'après son engagement primitif, celui-ci n'avait pas droit, ce terme qui serait, sans doute, opposable au créancier ne serait pas opposable à l'autre codébiteur.

Car il ne saurait appartenir au créancier de modifier, par son fait, la position réciproque des codébiteurs les uns envers les autres (comp. Larombière, t. II, art. 1201, n° 3.)

218. — L'article 1202 est ainsi conçu :

« La solidarité ne présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

« Cette règle ne cesse que dans le cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. »

On voit, d'après ce texte, que la solidarité peut être constituée :

Soit par la volonté de l'homme;

Soit par la loi (comp. art. 579).

219. — *a*. La volonté de l'homme peut constituer la solidarité dans deux cas :

1° Par testament;

2° Par convention.

220. — Par testament?

Cela est d'évidence, malgré le mot : *stipulée*, qu'emploie l'article 1202, et qui semblerait se référer uniquement aux conventions.

Mais c'est dans le *titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles*, que nous sommes; et on conçoit que la préoccupation du législateur se soit portée sur les *stipulations conventionnelles* de solidarité.

On ne saurait en conclure que la solidarité ne peut pas être aussi *testamentaire*.

Le testateur en effet, qui a le droit (pour les biens, dont il peut disposer) de mettre un legs à la charge exclusive de l'un de ses héritiers, sans que celui-ci, après l'avoir acquitté, puisse exercer une action en recours contre ses cohéritiers, le testateur, disons-nous, qui peut faire cela, peut évidemment, *a fortiori*, charger tous ses héritiers ou quelques-uns de ses héritiers solidairement d'acquitter un legs, sauf recours contre les autres!

Il vaut certainement mieux, pour l'héritier, être le codébiteur solidaire d'un legs, avec ses cohéritiers, que d'en être le débiteur unique! (Comp. *supra*, n° 133; L. 9, princ., ff. *de Duobus reis;* Pothier, n° 269; Larom-

bière, t. II, art. 1200, n° 11; Colmet de Santerre, t. V, n° 135 *bis*, I.)

221. — Mais c'est surtout dans les obligations conventionnelles que la solidarité entre les débiteurs joue un rôle considérable.

Elle peut se produire, en effet, et elle se produit dans toutes les conventions, vente, louage, société, prêt et autres.... *et cæteris contractibus*, dit Papinien. (L. 9, princ., ff. *de Duobus reis*.)

222. — Nulle part, d'ailleurs, pas plus dans les testaments que dans les contrats, la solidarité ne se présume; il faut qu'elle soit expresse.

Nous en avons déjà donné le motif, dans la solidarité entre les créanciers. (*Supra*, n° 134.)

C'est que la solidarité est, pour le débiteur, une aggravation de son obligation ;

Et, dans le doute, l'interprétation doit se faire en faveur du débiteur.... *id quod minimum est sequimur* (comp. L. 11, § 2, ff. h. t.; *Novelle* 99).

Il faut donc, en effet, dans le doute, décider contre la solidarité.

223. — Voici deux débiteurs qui déclarent, dans le même acte, s'obliger conjointement à payer au même créancier la même somme de dix mille francs.

Ils sont solidaires! répond Toullier. (T. III, n° 721.)

Oh! certes non; et il est manifestement inexact de dire, comme l'éminent auteur, que « cette expression : *conjointement*, équivaut à celle de *solidairement!* » (Comp. *supra*, n° 115.)

Et si c'est bien là, en effet, ce qu'a jugé l'arrêt du 6 août 1622, rapporté par Bouguier, lettre O, n° 3, on peut affirmer que la doctrine n'en est pas bonne, ou qu'il a été déterminé, en fait, par des circonstances particulières.

224. — Combien est préférable la doctrine d'un autre arrêt cité par Pothier :

« Dans l'espèce d'un héritage, qui appartient à quatre propriétaires, trois l'ayant vendu solidairement, et ayant promis de faire ratifier la vente par le quatrième propriétaire, il a été jugé que le quatrième, en ratifiant, n'était pas censé avoir vendu solidairement, parce que les trois autres avaient bien promis pour lui qu'il accéderait au contrat de vente; mais il n'était pas exprimé qu'il y accéderait solidairement. » (N° 265.)

Oui, sans doute, il était juridique que le quatrième ne fût tenu que pour sa portion virile, dès que les trois autres, quoïque s'étant obligés eux-mêmes solidairement, n'avaient fait que promettre sa ratification, sans promettre aussi, de sa part, la solidarité.

225. — C'est que, en effet, les covendeurs d'une chose indivise ne sont pas soumis à la garantie solidaire envers l'acquéreur, lorsqu'ils ne s'y sont pas tous engagés par une clause formelle.

Et, dans le silence du contrat, il n'y a pas de raison pour qu'ils ne demeurent pas sous l'empire de la règle générale, que la solidarité doit être stipulée.

226. — Supposez, pourtant, qu'il y ait plusieurs acquéreurs, qui se soient, eux! obligés solidairement envers les covendeurs?

Qu'importe!

Les acquéreurs, qui se sont obligés solidairement envers les vendeurs, seront solidaires.

Mais est-ce un motif pour rendre solidaires les vendeurs, qui ne se sont pas obligés solidairement envers les acquéreurs?

Pas du tout.

Et nous appliquerons encore ici la règle du droit commun, d'après laquelle l'obligation contractée par plusieurs se divise entre eux. (Comp. *supra*, n° 112; Colmar, 23 juill. 1811, Sirey, 1812, II, 90; Rennes, 20 août 1811, Sirey, 1813, II, 114; Bordeaux, 11 mars 1852, Romat, Dev., 1852, II, 415; Duranton, t. XI, n° 109;

Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 435; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 16.)

227. — Les copropriétaires indivis n'ont pas vendu leur immeuble.

Ils l'ont fait réparer.

Et, pour cela, ils ont traité tous ensemble avec les ouvriers;

Ou bien l'un d'eux, mandataire des autres, a traité en leur nom en même temps qu'au sien.

Seront-ils obligés solidairement envers les ouvriers ou les entrepreneurs, qui ont fait les réparations?

L'affirmative a été admise par un arrêt de la Cour de Rouen (8 mars 1848, Duhallay, Dev., 1851, II, 603) et par un arrêt de la Cour d'Orléans (3 avril 1851, Nouvellon, Dev., 1852, II, 202).

Mais c'est, à notre avis, la négative qu'il faut admettre.

Telle est aussi la doctrine que la Cour de cassation a consacrée, en cassant l'arrêt précité de la Cour de Rouen :

« Attendu qu'aucune disposition de la loi n'attache, de plein droit, la solidarité, ni à la qualité de propriétaire, ni au concours de plusieurs copropriétaires ou de leurs mandataires, dans un même contrat de livraison d'ouvrage ou de fournitures pour l'exécution de travaux sur la chose commune; et que, aux termes de l'article 1202 du Code civil, la solidarité ne se présume pas; qu'elle doit être expressément stipulée, lorsqu'elle n'a pas lieu de plein droit;

« Attendu que, en ce qui concerne personnellement les copropriétaires, l'obligation dont ils sont tenus à ce titre personnel, pour raison de travaux exécutés sur leur immeuble commun, ne présente aucun caractère d'indivisibilité; que, en effet, ils ne sont obligés à rien autre chose qu'à payer une somme d'argent pour prix des travaux, et qu'un tel payement est essentiellement divisi-

ble.... » (23 juin 1851, Duhallay, Dev., 1851, I, 603.)

Ces motifs nous paraissent péremptoires.

228. — Faut-il voir une promesse de solidarité envers le créancier dans le cautionnement, que les codébiteurs conjoints se promettent réciproquement l'un envers l'autre ?

Non, sans doute !

Nous avons, en effet, déjà remarqué précisément que la solidarité ne consiste pas dans le cautionnement mutuel, qui lie les codébiteurs entre eux.

Ce qui la constitue, c'est que chacun des codébiteurs s'engage lui-même principalement, pour le tout, envers le créancier, comme s'il était seul débiteur.

Or, on suppose que les codébiteurs, en se déclarant cautions réciproques les uns envers les autres, sont demeurés, envers le créancier, des codébiteurs simplement conjoints;

Donc, ils ne sont pas des codébiteurs solidaires. (Comp. Larombière, t. II, art. 1200, n° 7.)

229. — De ce que la solidarité doit être expressément stipulée, il ne faut pas conclure que la loi exige aucune expression sacramentelle.

Ce qui est nécessaire, mais ce qui suffit, c'est que la volonté des parties de rendre l'obligation solidaire, résulte clairement de l'acte.

C'est une remarque que nous avons déjà faite relativement à la solidarité entre les créanciers. (*Supra*, n° 135.)

230. — Voici un acte qui porte que les codébiteurs s'obligent *l'un pour l'autre.... un seul pour le tout,... chacun pour le tout,... le meilleur pour le tout*, ou sous une formule quelconque équivalente.

Peut-on douter qu'ils seront codébiteurs solidaires !

« Quand deux, disait Loyzel, s'obligent ensemblement l'un pour l'autre, ou un chacun d'eux seul pour le tout, ils renoncent au bénéfice de division et de discussion. » (*Inst. cout.*, liv. III, tit. I, n° 12; comp. Cass., 7 sept.

1814, Sirey, 1816, I, 318; Grenoble, 24 janv. 1830, Payet, D., 1830, I, 100; Cass., 9 janv. 1838, Loisel, Dev., 1838, I, 746; Delvincourt, t. II, p. 499; Toullier, t. III, n° 721; Duranton, t. XI, n° 160; Larombière, t. II, art. 1202, n° 5.)

251. — Renoncer au bénéfice de division et de discussion, c'est, en effet, de la part des débiteurs qui s'obligent conjointement, s'obliger solidairement.

Pas de division !

Donc, chacun d'eux pourra être contraint pour le tout.

Pas de discussion !

Donc, chacun d'eux pourra être poursuivi principalement, comme s'il en était seul débiteur envers le créancier.

La solidarité n'est pas autre chose!

252. — Il est beaucoup mieux, au reste, quand on veut constituer une obligation solidaire, d'employer simplement les mots : *solidaire, solidarité, solidairement.*

On prévient ainsi les difficultés d'interprétation, qui peuvent résulter de ces formules, plus ou moins équivoques, et de ces périphrases parfois si laborieusement conçues !

Pourquoi donc ne pas appeler la chose par son nom?

253. — Et encore, ce nom de solidarité, qui est le sien, doit-il être employé lui-même avec discernement, de manière à bien exprimer la véritable intention des parties, sans la dépasser ni la dénaturer.

Quelle est l'espèce d'engagement, que vous voulez constituer?

Est-ce une obligation solidaire proprement dite?

Est-ce seulement un cautionnement solidaire?

Il faut y prendre garde!

Car, si ce n'est qu'un cautionnement que vous voulez constituer, il se pourrait que le mot : solidaire, s'il était mal placé dans la construction de la clause, n'en fît, au

détriment du promettant, une obligation principale solidaire;

Ou, en sens inverse, qu'il ne fît, au détriment du stipulant, qu'un simple cautionnement de l'obligation principale solidaire, qu'il avait entendu obtenir.

Cette nuance si considérable, est parfois délicate dans la pratique.

Il importe de bien examiner, en ces occurrences, si l'obligation du débiteur, par la manière dont elle a été contractée, se présente comme une obligation principale et indépendante, ou seulement comme une obligation accessoire et subordonnée. (Comp. *supra*, n° 207; Larombière, t. II, art. 1202, n° 2.)

234. — C'est surtout dans son application à l'engagement des cautions, que le mot : *solidaire, solidarité,* peut entraîner des conséquences très-différentes, suivant la manière dont il est employé, et eu égard aux personnes auxquelles il se réfère.

Plusieurs cautions déclarent s'obliger solidairement entre elles, sans déclarer s'obliger solidairement avec le débiteur.

Qu'elles aient renoncé au bénéfice de division, cela est certain; car chacune d'elles s'est engagée, pour le tout, avec les autres.

Mais ont-elles renoncé au bénéfice de discussion?

Non pas! car aucune d'elles ne s'est engagée solidairement avec le débiteur.

De même, en sens inverse, si plusieurs cautions s'obligeaient solidairement avec le débiteur, sans s'obliger solidairement entre elles, elles n'auraient renoncé qu'au bénéfice de discussion, sans renoncer au bénéfice de division. (Comp. art. 2021, 2025, 2026.)

Telles seraient, en thèse générale, les conséquences qu'il faudrait déduire de ces clauses, en réservant, bien entendu, les cas où la volonté contraire des parties résulterait des termes de l'acte et des circonstances du fait.

Car ce sont là des questions d'interprétation. (Comp. Duranton, t. XI, n° 186; Larombière, t. II, art. 1202, n° 6.)

235. — *b*. Nous avons dit que la solidarité peut aussi être constituée par la loi. (*Supra*, n° 218.)

Il est, en effet, un certain nombre de dispositions dans lesquelles le législateur établit, de plein droit, la solidarité, indépendamment de toute manifestation de volonté de la part des débiteurs.

Ces dispositions sont éparses çà et là dans nos différents Codes.

Il ne sera pas sans intérêt de les rallier dans un seul cadre, et d'en présenter la nomenclature, dans le titre qui est spécialement consacré aux obligations solidaires.

236. — 1° Aux termes de l'article 395 :

« Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée.

« A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit; et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée. »

237. — 2° L'article 396 ajoute :

« Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari, qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure du mariage. » (Comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, t. I, nos 117 et suiv.)

238. — 3° Aux termes de l'article 1033 :

« S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres; et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soi renfermé dans celle qui lui était attribuée. » (Comp. no-

tre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, nos 39 et suiv.)

239. — 4° Aux termes de l'article 1442 :

« Le défaut d'inventaire, après la mort naturelle (ou civile) de l'un des époux, ne donne pas lieu à la continuation de la communauté, sauf les poursuites des parties intéressées, relativement à la consistance des biens et effets communs, dont la preuve pourra être faite tant par titres que par la commune renommée.

« S'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre, en outre, à l'époux survivant, la jouissance de leurs revenus ; et le subrogé-tuteur, qui ne l'a point obligé à faire inventaire, est solidairement tenu, avec lui, de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs. » (Comp. notre *Traité de la Puissance paternelle*, n° 566.)

240. — 5° Aux termes de l'article 1734 :

« S'il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de l'incendie ;

« A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux ; auquel cas, celui-là seul en est tenu ;

« Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux ; auquel cas, ceux-là n'en sont pas tenus. »

241. — 6° Aux termes de l'article 1887 :

« Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur. »

242. — 7° Aux termes de l'article 2002 :

« Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement, envers lui, de tous les effets du mandat. »

243. — 8° Aux termes de l'article 22 du Code de commerce :

« Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société ; encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. » (Ajout. les articles 27 et 28.)

244. — 9° Aux termes de l'article 140 du Code de commerce :

« Tous ceux, qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur. »

L'article 187 ajoute :

« Toutes les dispositions relatives aux lettres de change, et concernant.... la solidarité..., sont applicables aux billets à ordre.... »

245. — 10° Aux termes de l'article 55 du Code pénal :

« Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais. »

246. — 11° L'article 156 du décret du 18 juin 1811, contenant règlement pour l'administration de la justice, en matière criminelle, de police correctionnelle et de simple police, est ainsi conçu :

« La condamnation aux frais sera prononcée, dans toutes les procédures, solidairement, contre tous les auteurs ou complices du même fait. » (Comp. Cass., 12 mai 1849, Delecluse, Dev., 1849, I, 608.)

247. — Tels sont les cas de solidarité légale.

Sur quels motifs reposent-ils?

Et pourquoi le législateur a-t-il cru devoir les décréter?

Nous croyons qu'il faut distinguer :

Parmi les dispositions, qui prononcent, de plein droit, la solidarité, il en est que le législateur n'a décrétées que par interprétation de la volonté des parties, dont ces dispositions ne sont, en réalité, que déclaratives.

Dans ce nombre, il faut ranger les dispositions qui établissent la solidarité entre plusieurs emprunteurs conjoints; — entre plusieurs locataires du même bâtiment; — entre plusieurs mandants pour une affaire commune; — entre les associés en nom collectif; — entre les souscripteurs, donneurs d'aval et endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

De ces cas de solidarité légale on peut dire qu'ils ne sont, au fond, que des cas de solidarité conventionnelle, puisque la loi, qui les constitue, n'est, en cela, qu'interprétative de la convention des parties.

D'où il suit que les parties peuvent y déroger par une convention, qui témoigne une volonté différente, et qu'elles ont entendu contracter une obligation simplement conjointe et non pas solidaire. (Comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois en général*, n° 17.)

248. — Tandis que, au contraire, les autres dispositions qui prononcent, de plein droit, la solidarité, reposent, en outre, sur des considérations d'ordre public, destinées qu'elles sont à protéger, d'une façon particulièrement énergique, certains intérêts, dont le législateur lui-même a pris en main la défense.

Dans ce nombre, il faut ranger les dispositions de l'article 395, qui rend le second mari solidairement responsable des suites de la tutelle indûment conservée par la mère; — de l'article 1442, d'après lequel le subrogé tuteur, qui n'a point obligé l'époux survivant à faire inventaire, est solidairement tenu, avec lui, de toutes les condamnations, qui peuvent être prononcées au profit des mineurs; — et de l'article 55 du Code pénal, aux termes duquel tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais.

D'où il suit, en sens inverse, que les parties ne sau-

raient déroger à ces dispositions, et qu'aucune convention, si expresse qu'elle fût, ne pourrait, dans ces cas, les soustraire à la solidarité, que la loi prononce contre elles. (Art. 6.)

249. — De la distinction que nous venons de présenter entre les dispositions, qui établissent la solidarité légale, eu égard aux motifs divers sur lesquels elles sont fondées, plusieurs jurisconsultes ont déduit encore une autre conséquence, et des plus graves; à savoir : que les premières, celles qui reposent exclusivement sur l'interprétation de la volonté des parties, sont les seules qui établissent une solidarité parfaite; tandis que les autres, celles qui reposent sur des motifs d'ordre public, n'établissent qu'une solidarité imparfaite. (Comp. *infra*, nos 272 et suiv.)

Le moment viendra bientôt d'examiner cette thèse importante et délicate, qui consiste à savoir s'il y a, en effet, deux espèces de solidarité : l'une, qui serait parfaite; l'autre, qui serait imparfaite.

Mais nous tenons, dès à présent, à faire nos réserves contre l'argument, que les partisans de la double espèce de solidarité prétendent déduire de la distinction, que nous venons de produire.

Cet argument, en effet, ne nous paraît nullement en résulter.

Car, même dans les cas où le législateur prononce, de plein droit, la solidarité, par des motifs d'ordre public, nous maintenons qu'il la fait encore reposer sur la volonté des parties, en ce sens qu'il place les parties, de sa propre et souveraine autorité, dans les liens de l'obligation solidaire, comme si elles l'avaient elles-mêmes conventionnellement consentie!

250. — Ce serait un hors-d'œuvre, que d'exposer, à cette place, avec les développements que chacun d'eux comporte, les différents cas de solidarité légale.

Chacun d'eux appartient, en effet, spécialement à la

matière, dont il fait partie; et il se trouve, par cela même, soumis à l'application des règles spéciales, qui gouvernent ces différentes matières.

Ce que nous avons donc seulement à faire ici, c'est d'abord de poser le principe général, qui gouverne toutes ces applications particulières;

Et ensuite, d'en fournir quelques exemples, parmi les plus importants et les plus pratiques.

251. — Le principe général est très-simple!

La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expresse. (Art. 1202.)

Cela est vrai, suivant nous, de la solidarité légale, autant que de la solidarité conventionnelle.

On le nie pourtant; et voici ce qu'ont écrit nos savants collègues, MM. Aubry et Rau :

« Le premier alinéa de l'article 1202, qui s'occupe de la solidarité conventionnelle, exige bien qu'elle soit expressément stipulée; mais il en est autrement du second alinéa du même article, qui, en parlant de la solidarité légale, l'admet dans tous les cas où elle résulte d'une disposition de la loi, sans exiger que la disposition soit expresse » (sur Zachariæ, tome III, p. 17, note 29).

On pourrait ajouter peut-être que la manière dont l'article 1202 est conçu, semble favoriser cette idée, puisque le législateur, après avoir disposé, dans le premier alinéa, que :

« La solidarité ne se présume pas, et qu'il faut qu'elle soit expresse; »

Ajoute ensuite, dans le second alinéa, que :

« *Cette règle ne cesse* que dans le cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. »

D'où il semble que l'on est autorisé, en effet, à conclure que *la règle cesse dans ce cas*, et que par conséquent la solidarité se présume.

Mais c'est là, suivant nous, une argumentation sub-

tile, qui, en s'attachant à la lettre de la loi et à sa formule plus ou moins heureusement conçue, en méconnait la pensée véritable!

Quelle est donc la véritable pensée de la loi?

Nous ne croyons pas qu'elle soit équivoque!

Ce que le législateur a certainement supposé, c'est que la *disposition de la loi*, en vertu de laquelle la solidarité aurait lieu, serait toujours suffisamment expresse.

L'obscurité, le doute, il les prévoit dans les conventions privées des parties ; et il pose, pour ce cas, la règle à suivre.

Mais quand il ajoute que cette règle cesse dans le cas où la solidarité a lieu, de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi, il ne prévoit pas apparemment le cas où sa propre disposition pourrait paraître obscure ou douteuse; afin de décréter que, même dans ce cas, la solidarité devra être présumée!

Cela est de toute évidence!

Et si nous y insistons, c'est parce que les partisans de la thèse des deux espèces de solidarité, ont aussi cherché un appui dans cette rédaction de l'article 1202.

Très-fragile appui, comme on peut voir, et avec lequel elle devra nécessairement tomber!

Nous concluons donc, pour notre part, que la solidarité légale ne se présume pas plus que la solidarité conventionnelle;

Et que, de même qu'il faut que la solidarité conventionnelle résulte d'une clause expresse de la convention; il faut que la solidarité légale résulte d'une disposition expresse de la loi.

Expresse, disons-nous, dans le même sens pour l'une comme pour l'autre, c'est-à-dire claire et non équivoque! (Comp. *supra*, n° 229.)

Nous attribuerons donc toujours à la solidarité légale toute l'étendue que comportent, suivant les cas, les textes de la loi qui l'établissent.

Mais nous n'irons jamais au delà !

252. — Ainsi de ce que l'article 1887 établit la solidarité légale contre les emprunteurs conjoints d'une même chose, nous n'induirons pas que cette solidarité atteigne aussi les prêteurs conjoints !

Et tout au contraire !

Car ce n'est pas seulement le texte de la loi, qui fait défaut ; c'est aussi son motif ! Les emprunteurs reçoivent un service ; et ce sont précisément les préteurs qui le rendent !

Il y a donc, pour déclarer les premiers solidaires, une raison, qui manque absolument pour les seconds !

253. — Il en est de même des mandataires ou des fondés de pouvoir.

L'article 2002 déclare bien solidaires, de plein droit, les mandants conjoints pour une affaire commune.

Mais loin que la loi dispose que les mandataires conjoints seront solidaires, elle a pris précisément le soin de disposer qu'ils ne le seront pas !

En effet, aux termes de l'article 1995 :

« Quand il y a plusieurs mandataires ou fondés de pouvoir, établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée. »

254. — Quant au *negotiorum gestor*, qui aurait entrepris la gestion d'une affaire commune à plusieurs intéressés, il n'aurait pas non plus une action solidaire contre chacun d'eux.

Aucun texte, en effet, n'établit, de plein droit, à son profit, la solidarité.

Et l'analogie, plus ou moins imparfaite, qui peut, à certains égards, rapprocher la gestion d'affaires du mandat (art. 1372 et suiv.), ne saurait suffire pour autoriser une pareille extension de la solidarité légale ! (Comp. Duranton, t. XI, n° 204 ; Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 324 ; Troplong, *du Mandat*, art. 2002, n° 694 ; Rodière, n° 219 ; Larombière, t. II, art. 1202, n° 12.)

255. — Les dépositaires conjoints ou les déposants conjoints d'une même chose sont-ils soumis à la solidarité légale ?

Les dépositaires ?

Certainement non !

Aucun texte ne la leur impose; et vraiment, il n'y avait pas lieu de la leur imposer !

Sauf, bien entendu, le cas, dont nous ne nous occupons pas ici, où ils auraient commis un délit d'abus de confiance, ou autre, qui les ferait tomber sous l'application de l'article 55 du Code pénal.

256. — Et les déposants ?

Duranton incline à croire qu'il faut les déclarer soumis à la solidarité légale :

« Si l'on voit, dit-il, un mandat virtuellement renfermé dans le dépôt fait par eux conjointement, du moins en ce qui les concerne, il faudrait décider, avec l'article 2002, qu'ils sont solidairement responsables des indemnités qui pourraient être dues au dépositaire, à raison des dépenses, qu'il aurait faites pour la conservation de la chose déposée (art. 1947) ; ou pour le salaire qui lui aurait été promis (art. 1928) ; et il est difficile, en effet, de ne l'y pas voir, quoique, suivant la pureté des principes et sous d'autres rapports, le dépôt ne doit pas être confondu avec le mandat. » (T. XI, n° 199.)

Assurément, non ! le dépôt ne doit pas être confondu avec le mandat ; ce sont là deux conventions distinctes, dont chacune a ses règles propres.

Aussi pensons-nous, contrairement à la doctrine du savant auteur, que les déposants ne sont pas soumis à la solidarité légale (comp. art. 1947).

Que les uns et les autres, dépositaires et déposants, puissent stipuler, s'ils le jugent à propos, la solidarité conventionnelle, cela va de soi !

Et c'est, en effet, seulement, suivant nous, à cette solidarité conventionnelle, entre les codépositaires ou les

codéposants, que Papinien se réfère, dans la loi 9, *princ. au Digeste*, *De duobus reis*, sur laquelle nos anciens docteurs ont beaucoup agité cette question. (Comp. Demangeat, *Des Obligations solidaires en droit romain*, p. 150 et suiv.)

257. — Mais aussi, toutes les fois que nous serons en présence de plusieurs co-mandants pour une affaire commune, il faudra appliquer la solidarité légale.

Pourtant, si le mandat était salarié?

L'article 2002 ne distingue pas.

Quoique les motifs, qui ont fait établir cette solidarité, puissent paraître moins graves pour le mandat salarié que pour le mandat gratuit, ils subsistent encore dans une certaine mesure.

Le mandat, en effet, ne perd pas le caractère qui lui est propre, dans le cas même où le mandataire reçoit un salaire. (Comp. art. 1986, 1992.)

« Le mandat, bien que rétribué par un honoraire, dit Troplong, conserve un élément de gratuité, qui empêche qu'on ne le confonde avec les contrats intéressés de part et d'autre. » (*Du Mandat*, art. 2002, n° 688; Duranton, t. XI, n° 200; Rodière, n° 216.)

258. — Voilà pourquoi il faut décider que le notaire a une action solidaire, pour le remboursement de ses honoraires et déboursés, contre chacune des parties, qui l'ont chargé conjointement de procéder à une opération ou à un acte commun entre elles.

On objecte que le notaire est un *magistrat*, et que c'est en cette qualité qu'il instrumente!

La réponse est bien simple.

De ce que le notaire, par des considérations d'intérêt général, qui se révèlent d'elles-mêmes, reçoit son investiture de la puissance publique, il n'en est pas moins vrai que sa fonction, envers les parties qui le requièrent, a le caractère d'un mandat.

C'est le principe que la Cour de cassation a consacré

dans un arrêt d'autant plus remarquable, qu'en même temps qu'elle reconnaît que le notaire est le mandataire des parties, elle détermine le caractère et l'étendue de son mandat :

« Considérant *que si le notaire est le mandataire des parties pour recevoir leurs dispositions,* il cesse d'agir comme tel, lorsqu'il fait l'avance au Trésor des droits que le fisc prélève sur l'acte passé devant lui ; qu'il ne fait que remplir une obligation personnelle, que la loi lui impose d'une manière expresse et spéciale, obligation qui dépasse les limites du mandat, qui ne se rattache pas à son exécution finale, et que le notaire ne trouve pas dans sa qualité de mandataire, mais bien dans les combinaisons de la loi fiscale, qui a voulu donner plusieurs débiteurs directs au Trésor, pour mieux assurer le recouvrement de ce qui lui est dû.... » (24 juin 1840, Coste, Dev., 1840, II, 504 ; comp. Cass., 26 juin 1820, Sirey, 1820, I, 409 ; Cass., 19 avril 1826, Sirey, 1826, I, 396 ; Cass., 10 nov. 1828, Sirey, 1829, I, 79 ; Cass., 20 mai 1829, Sirey, 1829, I, 272 ; Merlin, *Répert.* v° *Notaire*, § VI, n° 4 ; Pothier, *du Mandat*, n° 26 ; Duranton, t. XI, n°s 196 et 202 ; Troplong, *du Mandat*, n° 217 ; et *du Louage*, n° 804 ; Duvergier, *du Louage*, n°s 267 et suiv. ; Rodière, n° 222 ; Larombière, t. II, art. 1202, n° 13.)

259. — C'est par le même motif que la solidarité légale existe :

Au profit de l'avoué, qui a été constitué conjointement par plusieurs parties, soit en demandant, soit en défendant, dans une instance commune. (Comp. Grenoble, 23 mars 1827, D., 1830, II, 103 ; Nîmes, 30 avril 1850, Freydier-Lafont, Dev., 1850, II, 513 ; Cass., 30 nov. 1854, Ledonné, Dev., 1855, I, 25 ; Duranton, t. XI, n° 203 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 131 ; Troplong, *du Mandat*, n° 691 ; Rodière, n° 221 ; Larombière, t. II, art. 1202, n° 14.)

260. — Au profit de l'huissier, envers les parties qui ont requis de lui conjointement, dans un intérêt commun, des actes de son ministère.

261. — Au profit d'un arbitre. (Comp. Bordeaux, 14 janv. 1826, D., 1826, II, 96; Cass., 17 nov. 1830, Dev., 1831, I, 28.)

262. — Au profit du liquidateur d'une société. (Comp. Cass., 17 juin 1823, Sirey, 1824, I, 94.)

Autant d'applications, suivant nous, certaines de la solidarité de plein droit, que l'article 2002 prononce au profit du mandataire contre les co-mandants qui l'ont constitué pour une affaire commune.

263. — Nous ajouterons à cette nomenclature, les experts nommés par la justice, au profit desquels existe également, en vertu des articles 1202 et 2002, la solidarité de plein droit, contre les parties intéressées, pour le payement de leurs honoraires.

C'est, en effet, comme mandataires des parties et dans leur commun intérêt, que les experts remplissent leur mission.

Ce sont des mandataires nommés par le juge !

Qu'importe?

Ils n'en sont pas moins les mandataires des parties qui, en formant le contrat judiciaire, ont virtuellement conféré au juge le pouvoir de les nommer pour elles !

Que cette solidarité existe contre les parties qui ont requis l'expertise, ou qui l'ont poursuivie, si elle a été ordonnée d'office, ou qui même sans l'avoir ni requise ni poursuivie, ont acquiescé, expressément ou tacitement, au jugement qui l'a ordonnée, cela ne saurait être douteux. (Comp. Cass., 11 août 1813, Sirey, 1815, I, 94; Montpellier, 30 janv. 1840, Dumergue, Dev., 1840, II, 210; Grenoble, 13 déc. 1348, Mazet, Dev., 1849, II, 604; Bordeaux, 8 juin 1855, Meller, Dev., 1855, II, 585; Besançon, 4 mars 1858, Comm. de Morez, Dev.,

1856, II, 607; Merlin, *Répert.*, v° *Experts*, § IX; Boncenne, *de la Procéd. civ.*, t. IX, p. 492.)

264. — Mais on a mis, en question si la solidarité, de plein droit, existe également au profit des experts, contre celle des parties, qui n'a ni requis, ni poursuivi l'expertise, et qui n'a pas non plus acquiescé au jugement, par lequel elle a été ordonnée.

Et plusieurs auteurs, en effet, répondent qu'elle n'existe pas dans ce cas. (Comp. Merlin, Boncenne, *loc. supra, cit.*; Pigeau, *la Procéd. civ.*, t. I, p. 574; Rodière, *de la Solidarité*, n° 225; et *Cours de Procéd.*, t. II, 170.)

Nous ne pouvons adhérer à une telle restriction, que le motif essentiel, sur lequel cette solidarité repose, nous paraît exclure.

Ce motif, c'est que les parties qui s'engagent dans une instance, soit en demandant, soit en défendant, confèrent, par cela même, aux juges les pouvoirs nécessaires pour prononcer en connaissance de cause, et par suite le pouvoir d'ordonner, à cet effet, les mesures d'instruction, qu'ils jugent à propos d'ordonner.

Or, cela est vrai de toutes les parties, au début même de l'instance, et indépendamment de leur approbation ou de leur protestation ultérieures! (Comp. Riom, 30 avril 1850, Degoy, Dev., 1850, II, 591; Duranton, t. XI, n° 203; Chauveau sur Carré, *Quest.*, 1207; et *Tarif*, t. I, p. 311; Larombière, t. II, art. 1202, n° 15.)

265. — Duranton enseigne que:

« Le mot: *délit*, dans l'article 55 du Code pénal, est une expression générique, s'appliquant aussi aux simples contraventions, en un mot à tous les faits, qui donnent lieu à des condamnations pénales, prononcées par les dispositions de ce Code ou par d'autres lois.... » (T. XI, n° 194.)

Mais il nous paraît, au contraire, impossible d'étendre aux simples contraventions l'application de l'article 55.

En effet, lorsque le législateur, après avoir posé d'a-

bord, dans l'article 1er du Code pénal, la distinction fondamentale et technique des *contraventions*, des *délits* et des *crimes;* lorsque, disons-nous, le législateur ajoute ensuite, dans l'article 55, que :

« Tous les individus condamnés pour un même *crime* ou pour un même *délit*, seront tenus solidairement des amendes etc.... »

Comment croire qu'il ait entendu appliquer aussi la solidarité à tous les individus condamnés pour une même *contravention!*

Il est vrai que la loi du 22 juillet 1791, titre II, article 42, déclarait expressément solidaires, entre les complices, les amendes de la police correctionnelle et municipale.

Mais l'article 55 du Code pénal s'exprime d'une tout autre manière!

Et c'est précisément de la combinaison de ces deux dispositions, qu'il résulte que la seconde interdit virtuellement aux tribunaux de prononcer la solidarité, hors des deux hypothèses qui s'y trouvent spécifiées.

Cet argument est d'autant plus probant, que le législateur, en effet, a placé l'article 55 du Code pénal dans le chapitre III du livre I, qui a pour titre : *Des peines et des autres condamnations,* qui peuvent être prononcées *pour crimes ou délits.* (Comp. Cass., 12 mai 1849, Delecluse, Dev., 1849, I, 608; Toullier, t. XI, n° 151 ; Marcadé, art. 1202, n° 605; Larombière, t. II, art 1202, n° 18; Sebire et Carteret, *Encyclopédie de Droit*, v° *Amende,* n° 46.)

266. — Mais aussi, lorsqu'il y a lieu à l'application de la solidarité légale, que l'article 55 du Code pénal prononce, il faut l'appliquer :

1° Lors même que la condamnation aux dommages-intérêts est prononcée par les tribunaux civils, et non point par les tribunaux criminels ou correctionnels; car ce n'est point du caractère de la juridiction qui

prononce la condamnation, que la solidarité dérive; c'est du caractère du fait pour lequel la condamnation est prononcée. (Comp. art. 1, 2 et 3, Cod. d'instruct. crim.; Cass., 6 sept. 1813, Sirey, 1814, I, 57; Cass., 20 déc. 1818, Sirey, 1819, I, 178; Cass., 15 juin 1844, Guérin, Dev., 1845, I, 73; dont les décisions sont, à notre avis, bien plus juridiques que la décision contraire d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 16 fév. 1829, Sirey, 1829, II, 300; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Solidarité*, § X, n° 4; Delvincourt, t. II, p. 498, note; Carnot, *Comm. du Code pénal*, sur l'art. 55, n° 1; Duranton, t. XI, n° 194; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 15.)

267. — 2° Lors même que les accusés ou les prévenus seraient condamnés à des peines de nature différente : l'un, par exemple, pour crime; et l'autre, pour délit;

Bien plus! lors même que l'un serait acquitté, tandis que les autres seraient condamnés!

Car la solidarité est indépendante de l'inégalité des peines! (Comp. Cass., 3 déc. 1836, Demiannay, Dev., 1838, I, 82.)

268. — 3° Enfin, lors même que les juges, en condamnant solidairement plusieurs individus pour le même fait commis par eux simultanément, auraient (comme il peuveut le faire, à raison des circonstances et eu égard à l'inégale participation de chacun d'eux à ce fait) réparti inégalement, entre eux, la somme des réparations civiles; car cette inégalité de répartition ne saurait détruire ni altérer la solidarité de plein droit que l'article 55 prononce. (Comp. *infra*, n° 308; Cass., 3 juin 1843, Dœullé, Dev., 1843, I, 937; Rodière, n° 315; Larombière, t. II, art. 1202, n° 21.)

269. — C'est encore en vertu de l'article 1202, qu'il faut décider que la solidarité ne peut pas être prononcée, pour les dépens, en matière civile, contre les parties qui

succombent dans une instance commune. (Art. 130 Cod. de procéd. civ. ; *voy.* toutefois *supra*, n° 246.)

« Attendu, dit la Cour suprême, que, aux termes de l'article 1202 du Code civil, la solidarité ne se présume point; qu'elle n'existe qu'en vertu d'une stipulation expresse, ou bien, de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi; — Attendu que les dépens, peine du plaideur téméraire, sont, par eux-mêmes, personnels et divisibles; — qu'aucune disposition de loi ne prononce, en matière civile, la solidarité des dépens, entre plusieurs demandeurs, qui ont intenté conjointement une action ; — d'où il suit que l'arrêt attaqué, en prononçant la condamnation solidaire des demandeurs aux dépens, *sans énoncer que cette condamnation avait lieu à titre de dommages-intérêts*, a expressément, violé la loi précitée, casse..., (28 févr. 1848, Rivoire, Dev., 1848, I, 311.)

Ces motifs nous paraissent, en effet, péremptoires! (Comp. Merlin, *Répert*, v° *Dépens*, n° 7 ; Boncenne, t. II, p. 541 ; Duranton, t. XI, n° 192; Larombière, t. II, art. 1202, n° 23.)

270. — Il importe de remarquer, toutefois, la restriction que l'arrêt apporte au principe qu'il consacre; à savoir : que, dans le cas où les dépens ont été adjugés à titre de dommages-intérêts, en réparation d'une faute ou d'un tort commun, les parties qui succombent, peuvent y être condamnées solidairement.

Solidairement.... ou plutôt, suivant nous, *in solidum*, par application de cet autre principe que nous développerons bientôt, que chacun des auteurs multiples d'un délit civil ou d'un quasi-délit peut être condamné, pour le tout, à réparer le dommage qu'il a causé, comme s'il en était lui-même le seul auteur. (Comp. *infra*, n°s 290 et suiv.; Cass., 11 juin 1839, Rousseau, Dev., 1839, I, 601 ; Cass., 27 avril 1842, Chéramy, Dev., 1842, I 649 ; Cass., 5 févr. 1856, Guillaume, Dev., 1856, I,

353 ; Cass., 14 août 1867, Sausset, Dev., 1867, I, 401 ; Boncenne, t. II, p. 545.)

271. — Le principe de la division des dépens, avec la restriction que nous venons d'y ajouter, est d'ailleurs applicable même au cas ou les parties condamnées sont tenues d'une obligation solidaire.

Quoique la condamnation au principal soit alors prononcée solidairement, la condamnation aux dépens ne peut pas être prononcée solidairement, à moins qu'ils ne soient adjugés, pour le tout, contre chacune des parties, à titre de dommages-intérêts.

Chauveau enseigne, il est vrai, la doctrine contraire (sur Carré, *Quest.*, 553).

Mais ce dissentiment ne nous paraît pas fondé; et notre avis est que la solidarité de la dette, sur laquelle la condamnation intervient, ne saurait rien changer à la règle, qui gouverne la division des dépens eux-mêmes.

Sur quel motif, en effet, cette règle est-elle fondée?

Sur ce que les dépens sont la peine personnelle du plaideur téméraire ;

Or, la circonstance que la dette est solidaire, n'en laisse pas moins subsister ce motif ;

Donc, elle ne peut pas dénaturer le caractère de cette condamnation, et faire considérer les dépens comme des accessoires du principal, qui en augmenteraient le montant, au détriment de ceux des obligés, auxquels aucune témérité n'est imputable.

2° Ajoutons qu'il est de règle, en matière de solidarité, que l'un des codébiteurs ne peut point, par son fait, aggraver l'obligation de ses codébiteurs.

Or, cette règle serait aussi violée, si tous les codébiteurs se trouvaient obligés de payer les dépens auxquels l'un d'eux seulement aurait donné lieu, par des contestations mal fondées. (Comp. Cass., 19 avril 1841, Loisel, Dev., 1841, I, 631 ; Duranton, t. XI, n° 542 ; Larombière, t. II, art. 1202, n° 23.)

272. — Nous pensons même, contrairement à la doctrine de M. Rodiere (n° 93), qu'il ne faut pas appliquer au débiteur solidaire la disposition que l'article 2016 applique à la caution, en ces termes :

« Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation, qui en est faite à la caution. »

Toute autre est la solidarité, qui présente un faisceau d'obligations, à un certain point de vue, toutes principales;

Tout autre le cautionnement, qui n'est qu'une obligation purement accessoire.

M. Larombière nous paraît donc avoir raison de dire que l'on ne saurait appliquer l'article 2016 au débiteur solidaire, sans confondre les principes très-différents, qui régissent l'une et l'autre. (T. II, art. 1202, n° 23.)

273. — Nous venons d'examiner en quoi consiste la solidarité entre les débiteurs; et dans quels cas elle a lieu.

Mais, avant de terminer cette partie de notre sujet, une thèse importante, que nous avons annoncée, nous reste à traiter encore.

Cette thèse est très-importante, en effet, et très-vaste; et il faut bien que nous ajoutions que les controverses, qui depuis longtemps s'y agitent, ne sont pas exemptes d'obscurité et de confusion.

Il s'agit de savoir si on doit distinguer deux sortes de solidarités :

La vraie solidarité, comme ont dit quelques-uns, et la quasi-solidarité ;

Ou, suivant les expressions plus généralement admises, la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite? (Comp. *supra*, n°s 120 et suiv.)

274. — Remarquons toutefois, d'abord, que ces controverses ne s'appliquent pas à la solidarité conven-

tionnelle, ou plus exactement, à la solidarité, qui résulte de la volonté de l'homme, soit par une convention, soit par un testament.

Il est reconnu que cette solidarité-là est toujours parfaite, et qu'elle produit tous les effets que la loi attache aux obligations solidaires.

Mettons-la donc hors de cause.

275. — Mais voici les deux points sur lesquels le combat est engagé.

Ils se rapportent :

1° A certaines dispositions de la loi, qui prononcent la solidarité de plein droit, et dans lesquelles un parti considérable dans la doctrine et dans la jurisprudence prétend ne voir qu'une solidarité imparfaite ;

2° A certaines obligations, notamment à celles qui résultent des quasi-contrats, des délits civils ou des quasi-délits, commis par plusieurs, à l'égard desquelles aucun texte de loi ne prononce la solidarité, et auxquelles néanmoins ce même parti prétend appliquer la solidarité imparfaite.

Voilà le double et sérieux intérêt de notre thèse, qui se révélera bientôt, de plus en plus, par les développements que nous allons fournir.

276. — Eh bien donc, disons-nous, il existe un parti considérable qui professe cette distinction de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite avec ces deux applications.

Nous ne pouvons rien faire de mieux, de plus clair ni de plus impartial, que de reproduire l'exposition, que les partisans les plus autorisés de cette doctrine en ont eux-mêmes présentée.

Voici comment s'exprime le regretté Mourlon, dans la nouvelle édition de ses *Répétitions écrites,* publiée sous les auspices de M. Demangeat :

« Nous distinguons deux sortes de solidarités : l'une, parfaite ; l'autre, imparfaite.

« *La solidarité parfaite :* En s'obligeant solidairement, chacun des débiteurs, en même temps qu'il promet sa part, reçoit et accepte mandat de payer pour les autres et de les représenter vis-à-vis du créancier. C'est dans ce mandat réciproque que réside le caractère particulier de la solidarité. On peut donc définir la dette solidaire : une dette contractée par plusieurs personnes, qui se sont associées de manière à ne faire, vis-à-vis du créancier, qu'une seule et même personne représentée par chacune d'elles. » (N° 1247.)

« En résumé, la solidarité parfaite procure au créancier cinq avantages ; elle lui donne le droit :

1° De poursuivre, *pour le tout,* chacun des débiteurs ;

2° D'interrompre la prescription à l'égard de tous;

3° De les mettre tous en demeure;

4° De faire courir les intérêts contre tous, *par des poursuites dirigées contre l'un d'eux seulement ;*

5° De demander la valeur de la chose, qui a péri par la faute de l'un d'eux, non seulement au débiteur, qui est en faute, mais encore à ceux, qui n'y sont pas. » (N° 1257.)

« *Solidarité imparfaite* : Il arrive souvent que plusieurs personnes sont tenues *solidairement, quoiqu'elles ne soient point des co-débiteurs solidaires proprement dits.* De même que, dans la solidarité parfaite, le créancier a le droit de poursuivre chacun des co-débiteurs *pour le tout*, de même, dans la solidarité imparfaite, chacun des débiteurs peut être contraint de payer la dette entière ; mais là s'arrête le droit du créancier. Il n'existe, en effet, aucun lien, aucune association, entre les débiteurs qui ne sont tenus que d'une solidarité *imparfaite ;* ils ne sont point mandataires ou représentants les uns des autres, ni à l'effet de recevoir les poursuites du créancier, ni à l'effet de perpétuer l'obligation. Il en résulte : 1° que la poursuite dirigée contre l'un d'eux seulement n'interrompt point la prescription à l'égard des autres ; 2° que la sommation,

ou tout autre acte équivalent, par lequel le créancier met l'un des débiteurs en demeure, n'a point d'effet à l'égard des autres ; 3° que la demande judiciaire, qui n'est pas formée contre chacun d'eux, ne fait courir les intérêts que contre le débiteur actionné ; 4° que si la chose périt par la faute de l'un d'eux, les autres sont libérés. » (N° 1258.)

277. — Après cette exposition des caractères différents qui distinguent, d'après cette doctrine, la solidarité parfaite d'avec la solidarité imparfaite, et des conséquences très-différentes aussi, qui en résultent, Mourlon continue ainsi :

« Mais dans quels cas la solidarité *parfaite* a-t-elle lieu ? Dans quels cas la solidarité *imparfaite ?* Le Code ne nous donne aucune règle sur ce point ; voici, je crois, comment on peut systématiser la distinction à faire entre ces deux solidarités :

« Lorsque la solidarité existe entre plusieurs personnes, qui se sont réunies, associées, pour s'obliger ensemble, ou plus généralement, qui se sont choisies, la solidarité est parfaite. Les débiteurs se connaissent tous ; et comme ils ont, entre eux, des rapports journaliers d'affaires, il est naturel de supposer que, en acceptant la clause de solidarité, ils ont consenti à ne faire, à l'égard du créancier, qu'une seule et même personne représentée par chacun d'eux. On conçoit alors qu'ils soient représentants les uns des autres, à l'effet de recevoir les poursuites du créancier, et que, en conséquence, chacun d'eux soit réputé actionné, par cela seul que l'un d'eux l'a été. Cette fiction n'a, en effet, rien de dangereux ; les débiteurs ayant entre eux des rapports très-fréquents, dès que l'un d'eux sera poursuivi, les autres en seront presque aussitôt avertis, et par conséquent, mis en demeure d'exécuter l'obligation. » (N° 1259.)

« Ainsi, la solidarité est toujours parfaite, lorsqu'elle est *conventionnelle.*

« Que si elle est *légale*, elle est *parfaite* encore, lorsqu'elle existe entre plusieurs personnes, unies par un intérêt commun, qui ont, entre elles, des rapports fréquents, qui se connaissent; par exemple, entre la femme tutrice et son nouvel époux (art. 395-396); — entre les exécuteurs testamentaires (art. 1033); — entre plusieurs emprunteurs à usage de la même chose (art. 1887); — ou entre co-mandants (art. 2002).

« Elle est *imparfaite*, au contraire, lorsque la loi l'établit entre personnes, qui ne se connaissent point, qui ne sont qu'accidentellement *co-débiteurs*, qui n'ont, entre elles, que des rapports fort rares. Ainsi, les différents locataires d'une maison incendiée (art. 1734), sont tenus *solidairement*, en ce sens seulement que chacun peut être actionné *pour le tout;* mais ils ne sont point *représentants les uns des autres*. Un tel mandat ne saurait, en effet, se supposer entre personnes, qui ne se sont jamais vues, qui peut-être ne se verront jamais. J'en dis autant de la solidarité qui existe soit entre les signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, soit entre personnes qui ont été condamnées pour un même crime ou pour un même délit.

« Ainsi plusieurs personnes peuvent être tenues *solidairement,* sans être, pour cela, *de véritables débiteurs solidaires.* » (N° 1260.)

278. — Une autre distinction, différente de celle qui précède, a été proposée entre les dispositions de la loi, qui prononcent, de plein droit, la solidarité.

Les unes, a-t-on dit, constituent, par elles-mêmes et dès avant toute condamnation judiciaire, la solidarité parfaite;

Tandis que, au contraire, les autres ne constituent que la solidarité imparfaite, tant qu'une condamnation judiciaire n'est pas intervenue contre les personnes, que la loi déclare solidairement responsables.

Mais aussi (c'est sur ce point capital, que la nou-

velle distinction se sépare de la précédente), une fois que la condamnation judiciaire est intervenue et a été, en effet, prononcée solidairement, c'est la solidarité parfaite qui apparaît et qui se déclare!

Cette doctrine est celle de nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, qui l'exposent avec leur netteté habituelle.

Après avoir rappelé les dispositions de la loi, desquelles résulte, d'après eux, immédiatement la solidarité parfaite, parce qu'elles ne sont que déclaratives de la volonté présumée des parties, telles que les articles 396, 1033, 1887, 2002 du Code Napoléon, et les articles 22, 118, 140 et 187 du Code de Commerce;

Ils ajoutent que, à côté de ces dispositions, il en est d'autres, qui, dans des vues d'ordre public ou par la garantie de certains intérêts, soumettent plusieurs personnes à la responsabilité solidaire des suites d'un fait dommageable; telles que les articles 395, 1142, 1734, du Code Napoléon, et l'article 55 du Code pénal.

Et voici comment ils caractérisent la différence qui sépare celles-ci d'avec les premières:

« Les dispositions de cette nature, disent-ils, ne créent pas directement et par elles-mêmes, *des obligations parfaitement solidaires*; elles donnent seulement au créancier le droit d'agir, pour le total, contre l'une ou l'autre des personnes responsables, et celui de provoquer contre toutes une condamnation solidaire. Il en résulte que les effets attachés aux obligations solidaires proprement dites, ne s'étendent pas tous et nécessairement aux cas de responsabilité légale, dont il vient d'être parlé, tant et aussi longtemps qu'il n'est pas intervenu de condamnation judiciaire. C'est ainsi, par exemple, que jusque là, les actes interruptifs de prescription et les demandes en justice dirigées contre l'un des obligés, n'ont point, en général, pour effet d'interrompre la prescription et de faire courir les intérêts moratoires à l'égard de tous. C'est en-

core ainsi que le jugement obtenu par l'un des obligés, le serment, qu'il a prêté, ou la remise, qui lui a été faite, ne libèrent les autres obligés que dans la proportion du recours, qu'ils auraient eu à exercer contre lui. Mais une fois la condamnation judiciaire prononcée, toutes les règles relatives aux rapport du créancier et des débiteurs solidaires deviennent applicables à l'obligation ainsi reconnue.... » (Sur Zachariæ, t. III, p. 15-16.)

279. — Nous venons d'exposer la distinction de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite dans son application aux dispositions de la loi, qui prononcent la solidarité.

Il faut l'exposer, maintenant, dans son application à certaines obligations *in solidum*, pour lesquelles aucun texte de loi ne prononce la solidarité. (Comp. *supra*, n° 275.)

Nous voulons parler des obligations résultant des quasi-contrats, des délits civils ou des quasi-délits, qui ne tombent pas sous l'application de l'article 55 du Code pénal, et par lesquels plusieurs personnes peuvent avoir engagé, en même temps, leur responsabilité envers un tiers, par un même fait dommageable.

Pierre, Paul et Jacques ont commis ensemble un quasi-délit à mon préjudice; ils ont, par imprudence, incendié ma récolte.

Le dommage est de 15 000 francs.

J'assigne l'un d'eux séparément; ou je les assigne en même temps tous les trois; et je conclus, contre chacun d'eux, à ce qu'il soit condamné à me payer la somme intégrale de mes dommages-intérêts, soit : 15 000 francs.

Mais chacun d'eux me répond qu'il n'est tenu que pour sa part et portion virile.

Sont-ils fondés?

Une distinction doit être faite :

Ou la part de chacun d'eux dans la perpétration du quasi-délit est distincte et reconnaissable;

Ou, au contraire, elle ne l'est pas ; de sorte que chacun d'eux doit être considéré comme ayant, à lui seul, commis le quasi-délit.

280. — Dans le premier cas, il n'y a pas, croyons-nous, de difficulté à reconnaître que chacun des auteurs multiples de ce quasi-délit n'est tenu, envers moi, des dommages-intérêts que pour la part qu'il y a prise, et jusqu'à concurrence seulement du montant du dommage, qu'il m'a lui-même causé.

Aussi, est-il généralement admis qu'il n'existe alors, entre eux, aucune solidarité, ni parfaite, ni imparfaite.

Ulpien, supposant que plusieurs ont fait périr un esclave, demande si chacun d'eux est tenu de la réparation totale ?

Et il répond, précisément, par notre distinction :

« *Si apparet cujus ictu perierit, ille, quasi occiderit, teneri. — Quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri....* » (L. II, §, ff. *Ad legem aquiliam.*)

Ainsi, je ne pourrai demander à chacun des trois auteurs de l'incendie de ma récolte, qu'une somme de 5000 francs, divisément.

Quel argument, en effet, pourrait-on invoquer pour établir ici la solidarité ?

Le texte de la loi ?

Il n'y en a aucun ! car l'article 55 du Code pénal suppose un fait prévu par la loi répressive.

Les principes?

Pas davantage !

Car, la distinction, que nous supposons reconnaissable, dans la part que chacun des auteurs du quasi-délit y a prise, fait qu'il existe, en réalité, trois quasi-délits différents, et par conséquent, non pas une seule dette, mais bien trois dettes différentes!

Maintenant, dans quels cas sera-t-on autorisé à diviser ainsi le fait dommageable, et à en repartir, entre ceux qui y ont participé, la responsabilité pécuniaire?

Ce n'est plus là qu'une question d'espèce; et si délicate que puisse paraître cette distinction, elle n'en est pas moins, en soi, exacte et très-praticable!

Ajoutons que si chacun doit être responsable entièrement de sa faute, nul ne doit être responsable de la faute d'autrui! (Comp. Cass., 8 nov. 1836, Lefebvre, Dev., 1836, I, 801; Cass., 14 août 1867, Sausset, Dev., 1867, I, 401; Rodière, n° 315.)

280 *bis*. — Mais, dans le second cas, lorsque la part de chacun de ceux, qui ont concouru à la perpétration du fait dommageable, n'est pas distincte et reconnaissable, il n'en saurait être ainsi!

Et, au contraire, je puis demander alors à chacun d'eux, séparément, la réparation totale du dommage, que ce fait m'a causé!

Je pourrai donc demander les 15 000 francs, à l'un ou à l'autre des trois auteurs de l'incendie de ma récolte.

Comment, en effet, me serait-il possible de diviser mon action contre eux, et de faire à chacun sa part dans la dette, puisqu'il ne m'est pas possible de savoir quelle est, dans le dommage, qu'ils m'ont causé ensemble, la part individuelle de responsabilité de chacun d'eux!

D'où il suit que chacun d'eux est, envers moi, réputé avoir commis, à lui seul, le fait dommageable tout entier, et qu'il en doit, dès lors, aussi, à lui seul, la réparation tout entière.

Le motif sur lequel nous fondons cette responsabilité pour le tout de chacun d'eux, témoigne qu'elle existerait, dans le cas même où il s'agirait d'un fait, qui n'aurait pas pu être commis par une seule personne.... *quamvis id contrectare nec tollere solus posset.*

L'impossibilité de déterminer la part de chacun des auteurs du fait, n'en serait pas moins toujours la même.

Et nous dirions encore, dans ce cas, en empruntant les paroles d'Ulpien :

«.... *Neque enim potest dici pro parte.... fecisse singulos, sed totius rei universos....* » (L. XXI et IX, ff. *De Furtis.*)

Chacun d'eux sera donc tenu *pour le tout.... in solidum.*

Cela est incontestable et incontesté.

281. — Mais seront-ils tenus *solidairement ?*

Y aura-t-il, entre eux, une *solidarité?*

Et, s'il y en a une, laquelle ?

La solidarité parfaite, ou la solidarité imparfaite ?

Voici que nous rentrons dans les controverses, dont nous étions, pour un moment, sorti.

La grande majorité des jurisconsultes, dans la doctrine, répondent, ensemble et d'accord, que les auteurs multiples du fait dommageable sont tenus *solidairement...*, qu'il y a, entre eux, *solidarité*, obligation *solidaire.*

Mais ils se divisent sur le point de savoir quelle est l'espèce de solidarité, qu'ils déclarent exister entre eux.

282. — C'est une solidarité imparfaite, disent les uns.

Telle est notamment la doctrine de M. Rodière, dans son *Traité de la solidarité et de l'indivisibilité.* (Nos 312-313.)

Notre savant collègue, qui ne reconnaît qu'après de grandes hésitations, à ce point même qu'il semble finalement refuser de reconnaître la solidarité parfaite dans la disposition, que l'article 55 du Code pénal décréte contre les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, devait, en effet, nécessairement refuser de la reconnaître dans les obligations résultant des faits dommageables non prévus par la loi répressive.

Car aucun texte alors ne prononçant une solidarité quelconque, rien ne fait obstacle à l'application des principes, qui, d'après lui, n'attachent à ces faits qu'une solidarité imparfaite.

« La prescription interrompue, vis-à-vis de l'un, ne

l'est donc pas, dit-il, par cela seul, vis-à-vis de l'autre. » (*Loc. supra cit.*)

283. — M. Larombière va plus loin ; il enseigne qu'il y a lieu, dans ce cas, à la vraie solidarité, à la solidarité parfaite.

Telle paraît être, en effet, sa doctrine, d'après la manière dont il la présente :

« *La solidarité*, dit-il, n'existe pas seulement de plein droit, en matière de crimes et de délits, aux termes de l'article 55 du Code pénal ; elle existe aussi en matière de simples délits civils ou de quasi-délits. »

C'est donc bien la même solidarité, que l'article 55 du Code pénal décrète entre les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, que M. Larombière déclare exister entre les auteurs ou coauteurs des simples délits civils ou des quasi-délits.

L'explication, que l'auteur fournit ensuite, ne laisse, à cet égard, aucun doute.

Voici, en effet, comment il s'exprime :

« Il est bien évident d'abord que l'article 1202, en disant que la solidarité doit être expressément stipulée, indique suffisamment qu'il n'est applicable qu'à la solidarité conventionnelle, et non aux engagements, qui, résultant de délits ou de quasi-délits, se forment sans convention.

« D'un autre côté, si la solidarité a lieu de plein droit, en matière d'infractions pénales, ce n'est pas tant à raison du caractère criminel du fait, qu'à raison de sa communauté et de son indivisibilité entre tous ses auteurs, coauteurs ou complices. Comme il est impossible de déterminer la part de chacun d'eux, soit dans la perpétration du fait, soit dans ses conséquences dommageables, chacun d'eux doit nécessairement et par la force même des choses, être considéré comme étant individuellement la cause du dommage, et être réputé avoir seul commis le fait tout entier, indépendamment de la participation

des autres ; il doit donc réparer personnellement tout le dommage ; et de cette obligation même de réparer le dommage dans sa totalité, comme s'il en était seul auteur, il résulte qu'il en est tenu solidairement.

« La solidarité résulte ainsi virtuellement des seules dispositions de l'article 1382 ; si la loi n'a point expressément prononcé, comme l'article 55 du Code pénal, le mot de solidarité, elle a du moins suffisamment défini la chose, en obligeant, pour le total, à la réparation du dommage causé, celui, qui par sa faute, en a été l'auteur. »

M. Larombière termine sa démonstration, en déduisant de l'article 1734 du Code Napoléon, le même argument qu'il a déduit de l'article 55 du Code pénal :

« Nous ajouterons, dit-il, que l'article 1734 contient lui-même la consécration du principe de la solidarité en matière de quasi-délit. En effet, la responsabilité solidaire qu'il établit contre tous les locataires, en cas d'incendie, est fondée justement sur la présomption de faute établie par l'article 1733, tant qu'ils n'ont pas fourni les justifications que la loi exige ; or, cette présomption de faute, en servant de principe à une responsabilité totale contre chacun d'eux, conduit nécessairement à une responsabilité solidaire. L'article 1734 est ainsi tout à la fois la révélation et la consécration des règles du droit commun, en matière de responsabilité. »(T. II, art. 1202, n° 22.)

Nous avons donc raison de dire que, d'après l'éminent auteur, c'est bien la solidarité parfaite qui existe contre les auteurs d'un simple délit civil ou d'un quasi-délit.

Cette solution d'ailleurs est enseignée également dans la doctrine, par un nombre considérable de jurisconsultes, parmi les plus accrédités. (Comp. Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Solidarité*, § 2 ; Delvincourt, t. III, p. 683 ; Boncenne, t. II, p. 545 ; Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Responsabilité*, n°s 42 et 49 ; Rauter, *Droit criminel*,

t. I, p. 181 ; Sourdat, *Traité général de la Responsabilité*, t. I, nº 143 ; nºs 473 et suiv.)

284. — Et la jurisprudence ?

Comment décide-t-elle cette grave controverse ?

Les nombreux arrêts, soit des Cours impériales, soit de la Cour de cassation, qui ont eu à la résoudre, ont toujours consacré ce principe que chacun des auteurs ou coauteurs d'un simple fait dommageable, doit être condamné, pour le tout, à la réparation civile envers la partie lésée.

A quoi nous adhérons complétement!

Mais ces arrêts vont aussi plus loin; et de même que nous venons de voir M. Larombière appliquer, dans ce cas, la solidarité parfaite, nous les voyons prononcer aussi *la solidarité* contre chacun de ceux qui ont concouru à la perpétration du fait dommageable.

Quelle solidarité ? et de quelle espèce?

Les arrêts ne s'expliquent pas ; ils ne définissent pas le caractère de la solidarité qu'ils prononcent.

Mais les motifs par lesquels ils entreprennent de la justifier, semblent bien témoigner que c'est aussi la vraie et parfaite solidarité, qu'ils entendent prononcer dans ce cas :

« Attendu, en droit, que du rapprochement des articles 1202, 1217, 1218 et 1222 Code civil..., il résulte que, par cela même que la solidarité doit être expressément stipulée dans les contrats, il ne peut pas en être de même dans les cas où *la même solidarité* dérive soit de la nature elle-même de l'obligation, soit du délit ou du quasi-délit de l'obligé.... » (Cass., 29 janv. 1840, Salmon, Dev., 1840, I, 369.)

La même solidarité, dit l'arrêt, que celle qui dérive des contrats;

Donc, c'est la solidarité parfaite, qu'il fait dériver des délits civils et des quasi-délits.

« Attendu (porte l'arrêt du 29 décembre 1852), que

les auteurs d'un fait dommageable sont tenus de réparer le préjudice qu'ils ont causé par leur faute ; — Qu'ils en sont tenus *solidairement*, lorsque le fait est le résultat d'un concert entre eux, et qu'ils y ont simultanément concouru.... » (Gallibert, Dev., 1853, I, 91; comp. Cass., 8 nov. 1836, Lefebvre, Dev., 1836, I, 801 ; Cass., 3 déc. 1836, Demiannay, Dev., 1838, I, 82; Cass., 7 août 1837, Lauradour, Dev., 1837, I, 889 ; Cass., 12 mai 1839, Duval, Dev., 1839, I, 483 ; Cass., 4 mai 1859, Communauté de Picpus, Dev., 1859, I, 377 ; Cass., 3 mai 1865, Hertz, Dev., 1865, I, 251 ; Cass., 14 août 1867, Sousset, Dev., 1867, I, 401.)

285. — On a pu remarquer, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 29 décembre 1852, ce motif, que les auteurs d'un fait dommageable sont tenus solidairement de le réparer, « *lorsque le fait est le résultat d'un concert entre eux.* »

Le même motif se retrouve dans l'arrêt du 3 mai 1865 :

« Attendu que si, aux termes de l'article 1995 du Code Napoléon, il n'y a de solidarité entre les comandataires qu'autant qu'elle est exprimée, cette règle reçoit exception, *lorsque le dommage , dont ils doivent réparation, est le résultat d'une faute commune et concertée....* » (Hertz, Dev., 1865, I, 251.)

Ajoutons, toutefois, que cette circonstance, quoique relevée par les arrêts, d'un concert entre les auteurs multiples du fait dommageable, n'est d'ailleurs pas nécessaire pour que chacun d'eux soit condamné à la réparation totale.

Il suffit, indépendamment même de tout concert, que chacun d'eux doive être, d'après les circonstances du fait, considéré comme s'il en était seul individuellement l'auteur.

Et c'est, en effet, en ce sens que la jurisprudence elle-même est formée.

Voilà ce que constatent aussi MM. Aubry et Rau; mais

les termes, dans lesquels s'expriment nos savants collègues, sembleraient indiquer de leur part, un certain étonnement, si ce n'est une désapprobation :

« La jurisprudence, disent-ils, va même plus loin; elle décide que le préjudice causé par la réunion de plusieurs quasi-délits, c'est-à-dire de plusieurs faits dommageables non accompagnés de l'intention de nuire, doit, lorsque le résultat en est indivisible, être solidairement réparé par leurs auteurs, bien qu'il n'ait existé entre eux, ni concert, ni même communauté d'intérêts. » (Sur Zachariæ, t. III, p. 17.)

Nous répondons que la jurisprudence ne va pas trop loin; car, cette solution est la conséquence nécessaire du principe d'où dérive, contre chacun des auteurs du fait dommageable, la responsabilité, pour le tout, qu'il encourt; à savoir, que chacun d'eux est réputé en être effectivement l'auteur pour le tout;

Or, ce principe est indépendant du point de savoir s'il a existé entre eux, un concert ou une communauté d'intérêts. (Comp. *infra*, n° 296.)

La Cour de cassation en a fait une application très-remarquable, dans un arrêt du 11 juillet 1826, qui décide qu'il y a lieu de condamner à la réparation, pour le tout, du dommage causé à un propriétaire voisin, chacun de plusieurs propriétaires d'établissements industriels, dont les vapeurs, par leur réunion et leur agglomération, l'avaient causé. Aucun des propriétaires de ces établissements industriels, isolément, n'avait commis ni pu commettre ce dommage ; de sorte que, s'il n'eût existé qu'un seul établissement, aucun dommage, en effet, n'aurait été causé au voisin.

La cause donc du dommage résultait seulement de l'agglomération des gazs ou vapeurs, qui provenaient, en même temps, de ces divers établissements.

C'était précisément le cas prévu par Ulpien, dans la loi 21, § 9, au Digeste, *de Furtis* :

« .... *Quamvis id contrectare nec tollere solus posset....* » (*Supra*, n° 279.)

Nul concert d'ailleurs, et nulle communauté d'intérêts!

Mais qu'importe?

Tous ensemble n'en causaient pas moins collectivement le dommage, quoique chacun d'eux isolément, s'il eût été seul, ne l'eût pas causé.

Tous ensemble, disons-nous, causaient le dommage; comme si chacun d'eux en était seul l'auteur, puisque la part de chacun était impossible à déterminer.

Et, par conséquent, chacun d'eux pouvait être poursuivi individuellement pour le tout. (Comp. Cass., 23 août 1869, Maillet, Dev., 1869, I, 395.)

Aussi, adhérons-nous à la décision qui a prononcé, contre chacun d'eux, la condamnation pour le tout. (Comp. *infra*, n° 291; Cass., 11 juill. 1826, Sirey, 1827, I, 236; Cass., 8 nov. 1836, Lefebvre, Dev., 1836, I, 801; Bordeaux, 9 févr. 1839, Grangé, Dev., 1839, II, 499; Cass., 1 déc. 1868, Patriarcke, Dev., 1869, I, 354.)

286. — Nous venons d'exposer la théorie de la solidarité imparfaite.

Et on a pu reconnaître si nous avions raison d'annoncer combien elle est remplie de dissidences et d'obscurités!

Il s'agit maintenant d'apprécier cette thèse importante.

287. — Or, nous n'hésitons pas à déclarer qu'elle nous paraît, sur tous les points, inexacte, et dans le fond et dans la forme.

Notre thèse est donc qu'il n'y a pas deux espèces de solidarité : l'une, qui serait parfaite; l'autre, qui serait imparfaite.

Il n'y en a qu'une seule, celle que la loi elle-même reconnaît, et en dehors de laquelle il n'en existe aucune autre.

La solidarité est toujours parfaite, ou elle ne l'est pas du tout!

Nous faisons à la thèse contraire, dans sa double application, ce double reproche :

A. De ne vouloir point reconnaître la solidarité dans les cas où elle existe ;

B. De vouloir la reconnaître dans les cas où elle n'existe pas.

288. — A. Et d'abord, disons-nous, la thèse, que nous combattons, a le tort de ne vouloir point reconnaître la solidarité dans les cas où elle existe.

C'est ce qui lui arrive, lorsqu'elle applique sa distinction de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite aux dispositions de la loi, qui prononcent la solidarité :

1° En effet, le texte même de la loi repousse toute distinction.

Quel est le mot, que le législateur emploie dans les articles où l'on prétend ne trouver qu'une solidarité imparfaite?

Il emploie, purement et simplement, le mot : *solidarité, solidairement, solidaire.* (Comp. art. 396, 1442, 1734, Cod. Napol.; art. 55 Cod. pénal.);

Or, il a défini la situation que ce mot représente; il a déterminé soigneusement les effets qui en résultent, sans faire, nulle part, aucune distinction;

Donc, lorsque le législateur ensuite emploie ce mot, il entend évidemment l'employer dans le sens technique et complet, qu'il y a lui-même attaché.

Et voilà bien ce qui résulte de l'article 1202, d'après lequel *la solidarité,* qui peut être *stipulée* dans les conventions, peut aussi *avoir lieu, de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.*

Quelle solidarité donc, *en vertu d'une disposition de la loi,* sinon la même solidarité que celle qui peut résulter des *stipulations* conventionnelles, c'est-à-dire, la seule solidarité que le Code reconnaisse!

2° Aussi, cet article 1202 rend-il, suivant-nous, irré-

sistiblement applicables à la solidarité légale, comme à la solidarité conventionnelle, tous les articles, dans lesquels le législateur détermine les effets de la solidarité :

Et l'article 1205, qui porte que « si la chose a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des codébiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point libérés de l'obligation de payer le prix; »

Et l'article 1206, qui porte que « les poursuites faites contre l'un des débiteurs, interrompent la prescription à l'égard de tous; »

Et l'article 1207, qui porte que « la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous. »

Trois articles, que la thèse contraire refuse d'appliquer à certains cas de solidarité légale, très-illogiquement, comme on voit, et très-arbitrairement!

C'est-à-dire, si nous ne nous trompons, que toute la théorie de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite, dans les applications, qu'elle pré end faire de sa distinction à la solidarité légale, s'écroule nécessairement devant ce syllogisme!

3e C'est bien ainsi d'ailleurs que le législateur lui-même a pris soin de déclarer qu'il l'entendait.

Après avoir exposé, sur le projet de l'article 1202, que *l'obligation solidaire ne doit point se présumer* et qu'il faut qu'elle résulte clairement de la convention des parties, M. Bigot-Préameneu ajoutait :

« Il en serait autrement, s'il s'agissait d'obligations pour lesquelles *la solidarité serait prononcée par la loi;* c'est ainsi qu'elle a été prononcée par l'ordonnance de 1673 (tit. VI, art. 7), entre associés pour fait de commerce, et *par les lois criminelles contre ceux, qui sont condamnés pour le même délit*, etc. (Fenet, t. XIII, p. 251.)

On peut en voir une application remarquable, dans l'article 637 du Code d'instruction criminelle :

« L'action publique et l'action civile résultant d'un

crime de nature à entraîner la peine de mort ou des peines afflictives perpétuelles, ou de tout autre crime emportant peine afflictive ou infamante, se prescriront après dix années révolues, à compter du jour où le crime aura été commis, si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de poursuite.

« S'il a été fait, dans cet intervalle, des actes d'instruction ou de poursuite non suivis de jugement, l'action publique et l'action civile ne se prescriront qu'après dix années révolues, à compter du dernier acte, *à l'égard même des personnes, qui ne seraient pas impliquées dans cet acte d'instruction ou de poursuite.* » (Ajout. l'article 638.)

N'est-ce pas là précisément l'application de l'article 1206 du Code Napoléon, à l'un des cas de solidarité légale (celui de l'article 55 du Code pénal) auquel la doctrine que nous combattons, refuse d'appliquer cet article !

4° On se récrie que les dispositions des articles 1205, 1206 et 1207 impliquent, entre les codébiteurs solidaires, des relations de société, de mandat ou de cautionnement, par suite desquelles ils peuvent être considérés comme s'étant eux-mêmes constitués mandataires les uns des autres envers le créancier; et que aucune relation de ce genre ne peut être supposée dans les cas de solidarité légale, auxquels cette doctrine applique la distinction de la solidarité imparfaite.

Mais cette objection ne nous paraît pas concluante; et nous y ferons deux réponses :

La première, c'est que le législateur a bien pu supposer ou mieux encore reconnaître, même dans ces cas, entre ceux qu'il déclare solidairement responsables, une sorte d'association, comme base de la solidarité qu'il leur impose, à l'instar de la solidarité conventionnelle.

Est-ce que, en effet, cette association n'existe pas, dans le cas de l'article 1442, entre le subrogé tuteur et le tu-

teur, engagés, tous les deux, par la même fonction, dans une obligation commune?

Et, dans le cas de l'article 55 du Code pénal, est-il si extraordinaire que le législateur traite les coauteurs du même crime ou du même délit, comme s'étant associés ensemble pour le commettre?

Il n'y a point d'association valable pour les crimes ni pour les délits.... *nulla societas maleficiorum*!

Oh! certainement non!

En ce sens que les codélinquants ne peuvent invoquer eux-mêmes cette illicite association pour en retirer un bénéfice!

Mais non pas en ce sens que le législateur, chargé qu'il est de la répression exemplaire de leur méfait commun, ne doive le réprimer précisément d'autant plus qu'il a été le fruit d'une association illicite!

Ne serait-il pas illogique et déplorable que les coauteurs d'un méfait fussent mieux traités, pour avoir formé une association illicite, que s'ils avaient formé une association licite!

Dans le cas même de l'article 1734 du Code Napoléon, on a pu aussi considérer que les colocataires de la même maison ne sont pas étrangers les uns aux autres; qu'ils ont accepté, en se plaçant sous l'application de l'article 1734, une sorte d'association entre eux, quant aux risques de l'incendie; et surtout, comme le remarque fort judicieusement M. Colmet de Santerre, que, à partir du moment où l'incendie a créé leur responsabilité collective, ils ont été avertis par la loi, de ne pas se perdre de vue et de conserver, les uns avec les autres, des relations devenues nécessaires!

Notre seconde réponse, c'est que, indépendamment des motifs sur lesquels peuvent reposer les articles 1205, 1206 et 1207, le législateur a pu aussi, de sa souveraine autorité, vouloir en appliquer les dispositions au profit de certaines personnes, dont il lui a paru nécessaire de ga-

rantir les intérêts. C'est ainsi, qu'il arrive, quelquefois, qu'une disposition qui a été inspirée par des motifs particuliers, est appliquée, une fois faite, même à des cas où ces motifs ne paraîtraient pas exister.

5° Nous ajouterons un dernier argument, qui complète notre démonstration contre la distinction si accréditée de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite.

C'est que cette distinction est, suivant nous, arbitraire, à ce point qu'elle en devient, à vrai dire, impraticable!

Où serait, en effet, la mesure exacte des rapports suffisants pour faire reconnaître, entre les cointéressés, ce que l'on appelle la solidarité parfaite?

Les partisans de la distinction ne le disent pas!

Et il est évident qu'ils ne pourraient pas le dire!

Ils s'expriment même en des termes, qui sont, à notre avis, la preuve de cette impossibilité d'application pratique que nous reprochons à leur doctrine.

Dans la solidarité parfaite, dit Mourlon, il faut que les codébiteurs *aient entre eux des* RAPPORTS TRÈS-FRÉQUENTS! tandis que, dans la solidarité imparfaite, ils n'ont, entre eux, que DES RAPPORTS FORT RARES! (T. II, p. 658-659; *supra*, n° 276.)

Mais, vraiment, est-ce que c'est là une règle, un *critérium*?

Et qui donc déterminera jusqu'à quel point les rapports entre les intéressés auront été *assez fréquents* pour l'une, et *assez rares* pour l'autre?

Est-ce que le législateur aurait laissé les juges aux prises avec une telle difficulté, en fait, s'il avait voulu admettre, en droit, une semblable distinction!

Aussi, les partisans de cette distinction se divisent-ils dans l'application qu'ils en font eux-mêmes.

D'après Mourlon, la disposition de l'article 395, qui déclare le second mari solidairement responsable des suites de la tutelle indûment conservée par la mère, prononce une solidarité parfaite (*loc. supra cit.*).

Tandis que ce n'est là qu'une solidarité imparfaite, d'après MM. Aubry et Rau ! (T. III, p. 14.)

Nous concluons donc que la solidarité, dans tous les cas où la loi la prononce, est bien et dûment la solidarité parfaite, ou plutôt *la solidarité* tout simplement, puisque nous n'en reconnaissons pas deux espèces.

289.— Il faut même, suivant nous, rejeter l'amendement que certains dissidents proposent, et qui consiste à dire que la solidarité prononcée par la loi, dans celles de ses dispositions sur lesquelles la thèse que nous examinons, s'agite, n'est qu'imparfaite, tant qu'une condamnation judiciaire n'a pas été prononcée contre les obligés, mais qu'elle devient parfaite après la condamnation judiciaire prononcée contre eux. (Comp. *supra*, n° 278)

Les mêmes arguments, par lesquels nous venons d'émontrer (c'est du moins notre espérance !), que toutes les dispositions de la loi, qui prononcent la solidarité, ont le même caractère et le même effet, démontrent aussi que cette espèce de schisme n'est pas non plus admissible !

Notre savant collègue, M. Rodière, y ajoute encore un autre motif, très-juridique :

« Si l'on ne peut pas, dit il, supposer, entre les codélinquants, un mandat réciproque avant le jugement, on ne peut pas admettre non plus que le jugement en tienne lieu; puisque les jugements ne sont, en principe, que déclaratifs des droits préexistants, et qu'ils ne peuvent point changer le caractère des droits, qu'ils constatent. » (N° 312.)

290. — Ce n'est donc, à notre avis, que dans les cas exceptionnels, où la loi elle-même apporte des modifications à la solidarité qu'elle prononce, qu'il y a lieu de reconnaître une solidarité, nous ne demandons pas mieux, si l'on veut, que de dire alors aussi *imparfaite*. dans la mesure où la loi l'a modifiée.

Telle est la solidarité que le Code de commerce prononce contre les divers signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

Pour celle-ci, en effet, le législateur lui-même s'est expliqué; car, après avoir disposé, dans les articles 140 et 187 du Code de commerce, que tous les souscripteurs de la lettre de change sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur, il dispose, dans les articles 167 et 168, que le recours du porteur non payé n'est pas toujours exercé utilement contre un seul des débiteurs pour tous;

C'est-à-dire qu'il modifie le caractère de la solidarité, et qu'il la rend imparfaite, puisqu'il soustrait cette solidarité particulière à l'application de l'article 1206, d'après lequel « les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous. » (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 135 *bis*, III; Rodière, n°s 272 à 280.)

Voilà le premier reproche que nous adressons à la thèse, que nous avons cru devoir combattre. (Comp. *supra*, n° 287.)

291. — B. Voici le second:

Nous disons qu'après n'avoir pas voulu reconnaître la solidarité dans les cas où elle existe, elle veut, au contraire, la reconnaître dans les cas où elle n'existe pas.

C'est ce qui lui arrive, lorsqu'elle déclare solidaire l'obligation, qui incombe à chacun des auteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit, de réparer, pour le tout, le dommage qu'il a causé.

Cette hypothèse, nous en convenons, n'a pas été nettement réglée par le législateur; ou plutôt même, le législateur ne paraît s'en être préoccupé.

Mais nous avons annoncé déjà la solution, qu'elle doit recevoir, soit d'après les principes, soit d'après les textes de notre Code.

Ce que les principes généraux du droit, d'accord avec

l'équité, exigent, en effet, par leur seule et propre puissance, c'est que chacun de ceux, qui ont commis un dommage à autrui, soit tenu de le réparer.

Or, lorsque plusieurs ont commis un délit civil ou un quasi-délit, sans qu'on puisse distinguer la part de chacun d'eux dans la perpétration du fait, ou dans ses conséquences dommageables, il est logique et juridique que chacun d'eux soit tenu de le réparer pour le tout, comme s'il l'avait seul, en effet, commis pour le tout.

Et voilà, certainement aussi la conclusion, qu'il est permis de déduire des termes de l'article 1382, d'après lequel :

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

Comme pareillement des termes de l'article 1383, d'après lequel :

« Chacun est responsable du dommage, qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ; »

Deux articles, d'ou résulte, en effet, contre chacun de ceux, qui ont commis le fait dommageable, sans que l'on puisse discerner dans quelle mesure il l'a commis, l'obligation de réparer, pour le tout, le dommage qu'il a causé.

Il y aura lieu sans doute ensuite d'examiner quels rapports peut créer cette obligation identique, quoique indépendante, qui pèse, en entier, distinctement sur chacun d'eux : et c'est en ce point surtout, que le silence du législateur peut paraître regrettable. (Comp. *infra*, nos 301-302.)

Mais quant à l'obligation, pour chacun d'eux, de réparer pour le tout, le dommage, la voilà, croyons-nous, très-juridiquement et très-équitablement établie.

Telle est, en effet, comme on l'a vu déjà, la solution généralement admise dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Et, dans ces termes, nous y adhérons tout à fait. (Comp. *supra*, n° 285.)

292. — Mais ce que nous oserons aussi reprocher tout à fait à la doctrine et à la jurisprudence, c'est de déclarer cette obligation-là *solidaire*, et de décider que les auteurs multiples d'un délit civil ou d'un quasi-délit sont tenus *solidairement* d'en réparer les conséquences dommageables.

Qu'ils en soient tenus *in totum*, nous en convenons.

Mais nous méconnaissons qu'ils en soient tenus *totaliter ;*

Suivant les expressions traditionnellement consacrées pour exprimer cette différence. (Comp. Pothier, n° 262; suivant Colmet de Santerre, t. V, n° 235 *bis*, II.)

Loin de nous la pensée de susciter une vaine querelle de mots!

Nous n'insisterions pas, s'il ne s'agissait que d'une dénomination inexacte ; d'autant plus que cette inexactitude est, nous le reconnaissons, fort excusable.

On a vu, en effet, que le mot français : *solidaire, solidarité*, dérive du mot latin : *solidum*, qui signifie précisément *l'entier, le tout, le total.* (Comp. *supra*, n°s 116 et suiv.)

De sorte que ce mot pourrait être entendu, dans notre terminologie moderne, de deux manières :

Soit dans son acception étymologique et générale, pour désigner toutes les obligations, par lesquelles plusieurs sont tenus chacun pour le tout ;

Soit dans son acception technique et spéciale, pour désigner l'espèce particulière d'obligation, par laquelle plusieurs sons tenus, chacun pour le tout, avec les conséquences déterminées, que la loi y attache.

Notre législateur, toutefois, n'a pas admis cette double acception du mot : *solidarité.* (Comp. *supra*, n° 288.)

Et le mieux serait sans doute de l'imiter, dans la théorie et dans la pratique, et de ne point appliquer ces

qualifications : *solidaire, solidarité, solidairement*, aux obligations, qui sont simplement *in solidum*.

« Sous ce rapport, dit M. Rodière, toutes les fois qu'il y a obligation *in solidum*, les juges feraient mieux d'employer ce mot, ou de dire simplement que les condamnés seront tenus chacun *pour le tout*, que d'employer l'expression *solidairement.* » (N° 319.)

Ne nous faisons pas d'illusion pourtant! et ne demandons pas l'impossible!

Non! nous ne demandons pas que l'on parle latin! ni même que l'on se rappelle toujours, avec une rigoureuse précision, les différences théoriques qui distinguent, dans notre terminologie française, l'obligation solidaire d'avec la simple obligation *in solidum*.

Que l'on applique donc, si l'on veut, le mot : *solidaire*, à la simple obligation *in solidum;*

Mais à la condition qu'il sera bien entendu que c'est une qualification impropre, et qu'il n'existe alors aucune solidarité !

295. — Or, ce n'est pas là ce que l'on fait.

Et, tout au contraire, c'est bien la *solidarité*, dans son acception technique, que les partisans de la thèse que nous combattons, appliquent à la simple obligation *in solidum* :

Les uns, y trouvant une solidarité *imparfaite ;*

Les autres même, allant jusqu'à décider que cette solidarité est parfaite, et lui attribuant les effets *de la même solidarité* que celle qui résulte d'un contrat! (Arrêt de la Cour de cassation du 29 janv. 1840, cité *infra.*)

Il faut voir les auteurs et les arrêts aux prises avec cette théorie!

Comme ils versent, si j'osais dire ainsi, tout aussitôt de la solidarité dans l'indivisibilité, sans pouvoir se tenir dans l'une plus que dans l'autre!

« Attendu (porte l'arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 1834), que le dommage, dont la réparation était

ordonnée, avait été causé par deux personnes, sans qu'on pût déterminer la part que chacune avait prise dans ce fait; — *Que cette réparation constituant un objet* INDIVISIBLE, le tribunal a *pu condamner* SOLIDAIREMENT les demandeurs en cassation au paiement des dommages-intérêts.... » (Lefebvre, Dev. 1836, I, 801.)

L'arrêt de la même Cour, du 29 janvier 1840, vise même formellement les articles qui s'occupent des obligations divisibles et indivisibles !

« Attendu, en droit, que du rapprochement des articles 1202, 1217, 1218 et 1222 du Code civil et des articles 126 et 1036 du Code de procédure civile, il résulte, 1° que par cela même, que la solidarité doit être expressément stipulée dans les contrats, il ne peut pas en être de même dans les cas où *la même solidarité* dérive soit de la nature elle-même de l'obligation, soit du délit ou quasi-délit de l'obligé;........ » (Salmon, Dev., 1840, I, 369.)

Comment n'être pas frappé de ce mélange de la solidarité avec l'indivisibilité !

Que veulent dire ces arrêts, par un tel rapprochement de l'article 1202, qui est relatif aux obligations solidaires, et des articles 1217, 1218 et 1222, qui sont relatifs aux obligations indivisibles?

Est-ce que l'obligation indivisible est, par cela même, solidaire? ou que l'obligation solidaire est, par cela même, indivisible?

Évidemment non !

Telle ne saurait être la pensée des arrêts; il est élémentaire qu'autre chose est la *solidarité*, autre l'*indivisibilité* ! (Art. 1219.)

Mais alors quel est le caractère, que l'on attribue à l'obligation, qui incombe aux coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi délit, de réparer, chacun pour le tout, le dommage qui en est résulté?

Est-elle indivisible?

Est-elle solidaire?

Elle n'est certainement pas, en même temps, l'une et l'autre.

Et si elle est l'une ou l'autre, laquelle?

C'est ce point, capital pourtant, que les arrêts laissent dans l'ombre.

292. — Eh bien! nous croyons qu'il faut, au contraire, très-certainement répondre qu'elle n'est ni l'une ni l'autre, ni indivisible, ni solidaire!

Elle n'est pas indivisible.

Car l'indivisibilité d'une obligation procède de la chose, qui en est l'objet; (art. 1217).... *realis est indivisibilitas*, dit Dumoulin.

Or, quelle est la chose, qui fait l'objet de cette obligation pour le tout?

Ce sont des dommages-intérêts, c'est-à-dire ce qu'il y a, parmi toutes les choses, de plus divisible, une somme d'argent!

Et, vraiment, il n'est pas possible de laisser passer, sans une protestation doctrinale, ce motif de l'arrêt du 8 novembre 1834, que *la réparation du dommage causé par les coauteurs d'un quasi-délit, constitue* UN OBJET INDIVISIBLE!

M. Larombière a bien vu la pente glissante, qui conduisait fatalement cette doctrine à la confusion de la solidarité avec l'indivisibilité!

Mais la pente était, en effet, trop glissante; et il y a été lui même entraîné!

« Que l'on ne dise point, s'écrie-t-il, que c'est confondre la solidarité et l'indivisibilité. Il ne s'agit point, en effet, d'une obligation, dont le payement soit indivisible; car la réparation du dommage causé consistant dans une somme de dommages-intérêts, est une chose divisible de sa nature. »

Oh! certainement oui!

C'est ce que nous venons, nous-même, de rappeler.

« Mais, ajoute M. Larombière, L'INDIVISIBILITÉ EXISTE, non dans le remboursement de la réparation, *mais dans la cause de l'engagement,* non dans le payement des dommages-intérêts légitimement dûs, *mais dans le fait auquel tous ont participé par une fraude ou une faute commune ;* or, c'est précisément ce fait, cause indivisible de l'obligation, dont la perpétration et les conséquences dommageables imposent à chacun de ses auteurs une responsabilité pour le tout; responsabilité, QUI SERT DE PRINCIPE A LA SOLIDARITÉ.... » (T. II, art. 1202, n° 22.)

Comment! *l'indivisibilité existe !....* et c'est la *responsabilité* qu'elle engendre, *qui sert de principe à la solidarité !*

Et l'indivisibilité existe *dans la cause de l'obligation !*

Mais ce n'est pas la cause de l'obligation, qui crée l'indivisibilité ; c'est SON OBJET.

L'indivisibilité, elle procède de la nécessité même; elle dérive de la nature de l'objet de l'obligation.

Tandis que, c'est de *la nature du lien*, qui oblige les auteurs multiples d'un fait dommageable, que dérive, pour chacun d'eux, l'obligation d'en réparer, pour le tout, les conséquences.

L'obligation indivisible procède d'une cause *réelle,* qui tient à la *chose* elle-même.

L'obligation *in solidum* procède d'une cause *personnelle,* qui tient à la personne de chacun des débiteurs.

Aussi, notre savant collègue, M. Rodière, nous paraît-il commettre une confusion regrettable, lorsqu'il enseigne que « *l'obligation in solidum existe entre tous les débiteurs d'une obligation indivisible* », (n° 269) faisant ainsi, mal à propos, suivant nous, des obligations indivisibles une classe des obligations *in solidum !*

Nous oserons donc, cette fois encore, faire entendre une protestation doctrinale contre cette nouvelle confusion pire encore peut-être que celle que nous avons déjà signalée!

Non ! cette obligation là n'est pas indivisible !

295. — Nous ajoutons qu'elle n'est pas non plus *solidaire,* comme on veut la faire, dans le sens technique et spécial de ce mot.

Il faut, en effet, se garder de confondre l'obligation solidaire ainsi entendue, avec la simple obligation *in solidum.*

Deux différences capitales et tout à fait juridiques, suivant nous, les séparent l'une de l'autre :

1° La solidarité est une dérogation au droit commun ; c'est une certaine qualité, qui s'ajoute, accidentellement et exceptionnellement, à une obligation d'ailleurs parfaite dans ses éléments constitutifs ; et comme c'est là, en effet, une qualité accidentelle et exceptionnelle, on comprend qu'il faut qu'elle soit ajoutée spécialement, soit par la volonté des parties, soit par la loi.

Tout autre est la simple obligation *in solidum !*

Pourquoi est-elle *in solidum ?*

Eh! mais, parce que telle est, à elle-même, sa nature propre et constitutive ! c'est sa manière d'être ! elle est comme cela, et pas autrement ! Il n'y a, en elle, aucune dérogation au droit commun, aucune qualité accidentelle et exceptionnelle! elle procède, tout entière, telle qu'elle est, soit de la convention, soit d'un fait déterminé quelconque.

Aussi n'est-il pas nécessaire qu'une stipulation spéciale des parties ou un texte de loi intervienne pour que chacun de ceux, qui s'y trouvent engagés, soit tenu pour le tout ! puisque c'est en cela, que l obligation elle-même consiste !

C'est donc, à notre avis, inexactement, que nos savants collègues MM. Aubry et Rau enseignent que :

« La responsabilité légale, qui peut conjointement peser sur plusieurs personnes, n'a lieu *in solidum, qu'autant que cet effet lui a été formellement et explicitement attribué par une disposition de la loi.* » (Sur Zachariæ, t. III, p. 16-17.)

Nous maintenons, au contraire, que l'obligation *in solidum* a lieu indépendamment de toute disposition de la loi ; elle a lieu par la force même des choses, par la nécessité des situations, lorsque, en effet, il sort de ces situations une obligation telle, par sa propre constitution, que plusieurs s'en trouvent tenus chacun pour le tout!

La volonté des parties ou la disposition de la loi serait sans doute indispensable pour la rendre *solidaire!*

Et c'est bien pourquoi elle n'est pas *solidaire*, et demeure simplement *in solidum*, toutes les fois que ni la volonté des parties ni la loi n'y ont ajouté cette qualité accidentelle de la solidarité.

Voilà la première différence entre l'obligation *solidaire* et la simple obligation *in solidum*.

296. — 2° Voici la seconde :

L'obligation solidaire est nécessairement une obligation conjointe.

La solidarité, c'est la conjonction elle-même, cimentée d'une manière particulièrement énergique; aussi, implique-t-elle toujours une convention, que les obligés ont formée ou que la loi suppose avoir été formée entre eux; convention de société, de mandat ou autre; et de là, précisément tous les effets, qui en dérivent, soit entre le créancier et chacun des codébiteurs, soit entre les codébiteurs entre eux.

Toute autre est encore, sous ce nouvel aspect, la simple obligation *in solidum!*

La conjonction des divers obligés n'y est pas une condition nécessaire de son existence! Qu'elle puisse s'y rencontrer, cela est vrai; et encore, ne sera-ce jamais cette conjonction véritable, qui lie, par de mutuels consentements, les codébiteurs solidaires.

Mais ce qui est certain, c'est que l'obligation *in solidum* peut exister, indépendamment de toute convention, et même de tout rapport quelconque entre les débiteurs multiples, qui en sont tenus, chacun pour le tout!

Aussi, avons-nous vu la jurisprudence déclarer tenus *in solidum* les divers propriétaires d'établissements industriels, dont les vapeurs, par leur réunion et leur agglomération, avaient causé un dommage au propriétaire voisin, encore bien qu'il n'y eût, entre ces industriels, aucune espèce de relation.

Et voilà pourquoi nous reprochions dès ce moment, à nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, de paraître s'en étonner, en disant que la jurisprudence *a été jusques-là*. (*Supra*, n° 285).

C'est que, en effet, elle ne pouvait pas ne pas y aller!

Car cette réciproque indépendance des liens divers tout à fait distincts par lesquels plusieurs sont tenus, chacun pour le tout, dans l'obligation *in solidum*, en est précisément le trait caractéristique, et celui qui sert le mieux à la distinguer de l'obligation solidaire!

297. — D'après cette origine de l'obligation *in solidum*, comme aussi d'après le caractère, que nous venons de lui reconnaître, il est clair qu'elle ne saurait produire les effets, qui sont attachés à l'obligation solidaire proprement dite. (Comp. Toullier, t. XI, n° 151 ; Duranton, t. XI, n° 194 ; Marcadé, art. 1202, n° 604 ; Devilleneuve, *Observations* sur l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juill. 1852, Lazare-Cerf, Dev., 1852, I, 689.)

298. — Nous ne lui appliquerons donc pas l'article 1205 ;

Et, tout au contraire, si la chose, qui en fait l'objet, périt par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs, les autres débiteurs, qui ne sont ni en faute ni en demeure, seront libérés et déchargés, en conséquence, de l'obligation d'en payer le prix.

2° Ni l'article 1206 ;

Et, tout au contraire, les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'interrompront pas la prescription à l'égard de tous.

3° Ni l'article 1207;

Et, tout au contraire, la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs, ne fera pas courir les intérêts à l'égard de tous.

299. — 4° Pareillement, le jugement obtenu par l'un des débiteurs;

Ou le serment prêté par lui;

Ou la remise qui lui aurait été faite;

Ne libéreront pas, dans l'obligation *in solidum*, les autres débiteurs;

Si ce n'est jusqu'à concurrence du recours, qu'ils pourraient avoir à exercer contre lui. (Comp. Rodière, n° 172.)

On peut voir, dans l'excellente étude de M. Demangeat, *Sur les Obligations solidaires en droit romain,* que des différences analogues à celles que nous signalons, existaient aussi, chez les Romains, entre les *correi promittendi* et les débiteurs simplement tenus *in solidum* (p. 11 et 97).

300. — 5° Marcadé, qui enseigne aussi les solutions qui précèdent, ou du moins celles d'entre elles qu'il a prévues, ajoute que chacun des auteurs multiples de l'obligation *in solidum* pourrait *invoquer, contre le créancier, le bénéfice de division.* (Art. 1202, n° 604.)

En quoi il trouve une nouvelle différence entre l'obligation solidaire et l'obligation *in solidum*, à laquelle l'article 1203 n'est pas, suivant lui, plus applicable que les articles 1205, 1206 et 1207.

Mais c'est là, croyons-nous, une défaillance du savant auteur, qui avait, jusques à cette dernière solution, si exactement déduit les vraies conséquences que l'obligation *in solidum,* juridiquement appréciée, doit produire.

Non! elle ne doit pas produire le bénéfice de division au profit des divers débiteurs qui en sont tenus, chacun pour le tout, puisque précisément chacun d'eux en est tenu d'une façon distincte, par un lien tout à fait séparé du lien qui oblige les autres!

301. — 6° En faut-il aussi conclure que celui des débiteurs *in solidum* qui est poursuivi pour le tout, par le créancier, ne peut pas opposer l'exception de garantie, ni demander un délai pour mettre en cause les autres débiteurs?

M. Rodière enseigne l'affirmative; et c'est là, suivant lui, une nouvelle différence encore entre les simples obligations *in solidum* et les obligations solidaires :

« Dans celles-ci, dit-il, le débiteur actionné peut user, vis-à-vis du créancier, de l'exception dilatoire de garantie; il en est autrement dans celles-là. La partie actionnée peut bien parfois avoir un recours à exercer contre un tiers; mais ce recours est tout autre chose qu'une garantie, qui ne peut découler que d'un contrat; il ne peut, par conséquent, produire l'exception de garantie. » (N° 174.)

Cet argument est sans doute fort spécieux.

Nous ne croyons pas pourtant devoir en admettre la conclusion; et ce n'est pas, à notre avis, commettre une défaillance pareille à celle que nous venons de reprocher à Marcadé, que d'accorder à celui des débiteurs *in solidum*, qui est poursuivi pour le tout, un délai pour mettre en cause les autres débiteurs.

Lorsque ce débiteur, qui est poursuivi seul pour le tout, aura, en effet, payé le tout, aura-t-il, oui ou non, un recours contre les autres débiteurs?

Cette question, nous en convenons, peut paraître, au point de vue théorique, difficile à résoudre affirmativement, surtout lorsqu'il s'agit de délits civils ou de quasi-délits.

Et c'est alors en effet, que l'on peut invoquer le principe qu'il ne saurait y avoir ni mandat, ni société, ni cautionnement pour un fait illicite, et que, par conséquent, aucune action en garantie n'en peut non plus résulter.

Nous allons voir néanmoins que l'action en recours

est accordée au débiteur *in solidum*, qui a payé le tout, contre les autres débiteurs (*infra*, nos 302 et 307).

Or, cette solution étant donnée, notre avis est qu'il est juridique et équitable d'autoriser celui des débiteurs qui est poursuivi, à mettre en cause les autres débiteurs.

Cela est juridique; car, aux termes de l'article 175 du Code de procédure, la partie assignée qui prétend avoir le droit d'exercer, contre un autre, une action en garantie, jouit à cet effet d'un délai de huitaine; or, cette disposition est générale et comprend toutes les hypothèses dans lesquelles cette situation *d'une garantie simple*, comme on dit, peut se produire.

Cela est équitable; car ce délai très-court, qui ne saurait guère être préjudiciable au créancier demandeur, peut être très-avantageux au débiteur poursuivi, en lui permettant de faire rendre le jugement commun avec les autres débiteurs, et de n'être pas exposé à ce qu'ils contestent son action en recours, en soutenant le mal fondé d'un jugement qui n'aurait été rendu que contre lui seul!

Nous concluons donc que le débiteur *in solidum*, qui est poursuivi pour le tout, peut demander un délai pour mettre en cause les autres débiteurs, si, en effet, il peut, lorsqu'il a payé le tout, exercer un recours contre eux.

302. — 7° Mais peut-il exercer ce recours?

Telle est notre dernière question sur les effets de l'obligation *in solidum*, pour lesquels nous sommes, comme on voit, si dépourvus de toute règle législative.

Eh bien! donc, celui des obligés qui a payé forcément ou volontairement le total de la dette au créancier, a-t-il une action en recours contre les autres obligés?

Cette question suppose que le créancier qui a reçu le total de l'un des obligés, n'a plus d'action contre les autres, et que, par conséquent, le payement fait par l'un d'eux éteint la dette à l'égard de tous.

Telle est, en effet, la règle.

Les obligations dont chacun de ces débiteurs est tenu, quoique distinctes les unes des autres, n'ont pourtant, toutes ensemble, qu'une seule et même cause et qu'un seul et même objet :

La cause, c'est le fait qui a occasionné le dommage;

L'objet, c'est la réparation pécuniaire de ce dommage.

D'où il suit que, lorsque l'un des obligés a payé le montant total de la réparation, le créancier, désormais satisfait, n'a plus d'action, puisqu'il n'a plus d'intérêt!

« ... *Cum nihil intersit*, disait excellemment Ulpien. (L. 1, § 4, ff. *De eo per quem factum erit quominus quis in jud. sistat.*)

De quoi s'agit-il, en effet, pour le créancier?

De faire un gain, de s'enrichir?

Évidemment non!

Il ne s'agit que d'être indemnisé d'un préjudice et de ne pas être appauvri.

Il est vrai que, en droit romain, lorsque plusieurs étaient tenus en même temps d'une action pénale, le payement fait par l'un ne libérait pas les autres.

« *In furibus ejusdem rei pluribus, non est propterea cæteris pœnæ deprecatio, quod ab uno jam exacta est.* » (L. 21, § 9, ff. *de Furtis.*)

Mais ce n'est, en effet, qu'à l'action purement pénale que s'applique ce fragment de Tryphoninus.

Et, quand il s'agit, soit de l'action purement *rei persecutoria*, soit même de l'action que l'on a nommée *pénale unilatérale*, le payement fait par l'un des obligés libérait tous les autres.

Et voilà certainement ce qu'il faut décider dans notre droit!

303. — Mais alors revient notre première question, qui elle-même se divise en deux branches :

a. — Celui des débiteurs qui a payé le tout, a-t-il un recours contre les autres débiteurs?

b. — En cas d'affirmative, dans quelle proportion ce recours doit-il s'exercer contre chacun d'eux?

304. — *a.* La première question pourrait d'abord paraître délicate.

Que, dans l'obligation solidaire, celui des codébiteurs qui a payé le total de la dette, ait un recours contre ses codébiteurs, cela se comprend.

La cause de ce recours est, en effet, toute simple; c'est la convention, société, mandat, cautionnement, d'où dérive la conjonction, qui sert de base à la solidarité; il y a donc toujours là une cause, une qualité déterminée, en vertu de laquelle ce recours s'exerce.

Mais sur quelle cause fonder, dans la simple obligation *in solidum,* le recours de celui des obligés, qui a payé le tout, contre les autres obligés?

Il n'y a pas là une qualité déterminée en vertu de laquelle il puisse agir, puisque chacune de ces obligations était distincte et indépendante des autres!

N'hésitons pas à répondre pourtant que ce recours lui appartiendra!

Il lui appartiendra : soit en vertu d'une sorte de quasi-contrat de gestion d'affaires, parce qu'en effet, on est autorisé à dire qu'il a fait l'affaire des autres, en même temps qu'il a fait la sienne (arg. de l'art. 1372);

Soit, dans tous les cas, en vertu de ce principe général d'équité, qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Est-ce qu'il ne serait pas tout à fait inique qu'il dépendît du créancier, de sa partialité, de sa fantaisie, de faire porter le poids entier de la dette sur l'un, plutôt que sur l'autre?

305. — Cette solution, d'ailleurs, devrait être maintenue dans tous les cas, et lors même que l'obligation *in solidum,* aurait pour cause un fait illicite.

Telle était l'ancienne doctrine, dont Pothier, tout en

l'admettant, ne se dissimulait pas, toutefois, en théorie pure, la difficulté.

« Lorsque la dette solidaire, disait-il, procède d'un délit, *puta,* lorsque plusieurs ont été condamnés solidairement envers quelqu'un au paiement d'une certaine somme, pour la réparation civile d'un délit, qu'ils ont commis ensemble, celui qui a payé le total, ne peut avoir contre ses co-débiteurs ni l'action *pro socio*, ni l'action *mandati; nec enim ulla societas maleficiorum* (L. I, § 14, ff. *De Tut. et Rat.*). *Nec societas aut mandatum flagitiosæ rei ullas vires habet* (L. 35, § 2, ff. *De contrah. empt.*). *Rei turpis nullum mandatum est.* (L. 6, § 3, ff. *Mandati.*) Selon les principes scrupuleux des jurisconsultes romains, le débiteur, qui a payé le total, n'a, en ce cas, aucun recours contre ses co-débiteurs. »

« Notre pratique française, plus indulgente, accorde, en ce cas, une action à celui qui a payé le total, contre chacun de ses co-débiteurs, pour répéter de lui sa part (*voy.* Papon, L. 24, tit. 12, n° 4). Cette action ne naît pas du délit qu'ils ont commis ensemble : *nemo enim ex delicto consequi potest actionem;* elle naît du paiement qu'il a fait d'une dette, qui lui était commune avec ses co-débiteurs, et de l'équité qui ne permet pas que ses co-débiteurs profitent, à ses dépens, de la libération d'une dette, dont ils étaient tenus comme lui. C'est une espèce d'action *utilis negotiorum gestorum,* fondée sur les mêmes raisons d'équité, par lesquelles est fondée l'action que nous donnons, dans notre jurisprudence, au fidéjusseur, qui a payé, contre ses cofidéjusseurs (n° 282). »

Telle est toujours notre pratique française, très-suffisamment justifiée par ces motifs.

306. — Ce recours ne soulève pas de difficulté, lorsque tous ceux qui étaient obligés *in solidum* à une même dette, ont été, en effet, tous condamnés à la payer, soit par une seule décision judiciaire, soit même par plusieurs décisions judiciaires successivement pro-

noncées, pour le même fait et se référant l'une à l'autre.

507. — Mais voici, au contraire, ce qui est arrivé:

Le créancier n'a poursuivi que l'un des obligés *in solidum;* il n'a pas poursuivi les autres; ou bien, après avoir commencé contre eux des poursuites, il les a abandonnées.

Un seul donc d'entre eux est condamné à payer au créancier le total.

Peut-il, lui! maintenant, poursuivre les autres et les faire condamner à lui tenir compte de leur portion contributoire dans la dette?

Nous le croyons.

Telle nous paraît la conséquence nécessaire de l'action en recours que nous venons de reconnaître à celui qui a payé le tout, contre les autres qu'il a libérés par ce paiement.

Si, en effet, cette action lui appartient, il faut bien qu'il puisse l'exercer!

Surtout, il faut que l'exercice qu'il a le droit d'en faire, ne dépende pas de la volonté ni du caprice du créancier.

Est-ce que le créancier pourrait, en faisant à l'un d'eux une remise expresse, faire porter sur les autres exclusivement tout le poids de la dette?

Évidemment non!

Or, ce qu'il ne peut pas faire expressément, il ne doit pas pouvoir le faire tacitement, d'une manière détournée, en ne les poursuivant pas ou en abandonnant les poursuites commencées contre eux.

508. — Nous appliquons cette solution même au cas où l'obligation a pour cause un fait illicite, délit civil ou quasi délit.

On objecte que l'auteur d'un fait illicite ne saurait avoir le droit d'agir contre ses co-auteurs ou complices, en réparation d'un dommage, qu'il a lui-même causé

avec eux (comp. *Observations* 12, dans le Recueil de Devilleneuve, 1851, II, 491).

La réponse est encore, suivant nous, dans les motifs mêmes par lesquels nous venons de justifier la solution générale qui précède.

Ce recours, en effet, celui des auteurs du fait illicite qui a payé le total de la réparation pécuniaire, ne le puise pas dans le fait illicite auquel il a lui-même participé; il le puise dans le paiement qu'il a fait d'une dette qui, finalement, n'était pas tout entière à sa charge, et par lequel il a fait l'affaire des autres, en les libérant! (Comp. Orléans, 9 août 1850, Quinard, Dev., 1851, II, 689; Cass., 20 juillet 1852, Lazare-Cerf, Dev., 1852, I, 689; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 15.)

509. — Et maintenant, dans quelle proportion celui des obligés *in solidum*, qui a payé le tout, peut-il exercer son recours contre chacun des autres obligés?

En ce qui concerne l'obligation solidaire, l'article 1213 est ainsi conçu :

« L'obligation contractée solidairement envers le créancier, se divise, de plein droit, entre les débiteurs, qui n'en sont tenus, entre eux, que chacun pour sa part et portion. »

Devons-nous appliquer ce mode de répartition dans le cas d'une obligation *in solidum?*

On pourrait répondre affirmativement, en ce sens que si, en effet, le jugement de condamnation garde, sur ce point, le silence, chacun des obligés doit être considéré comme condamné, pour sa part et portion virile, dans le montant des réparations civiles, qu'il prononce.

Mais le principe est pourtant que la disposition de l'article 1213 n'est pas applicable aux obligations *in solidum*, et que les juges ne sont pas tenus de s'y conformer :

Soit parce que le texte lui-même fait défaut, puisqu'il ne statue que sur l'obligation solidaire ;

Soit parce que les motifs, sur lesquels il est fondé, manquent dans l'obligation *in solidum*.

Que l'on ait pu présumer, de plein droit, un intérêt égal, par portion virile, dans l'obligation solidaire, pour chacun des codébiteurs, cela se comprend ; à ce point que, à défaut de convention contraire, expresse ou tacite, on ne voit pas sur quelle autre base on aurait pu fonder, entre eux, la répartition.

Mais il en est autrement dans l'obligation *in solidum*, où les circonstances particulières du fait peuvent fournir aux juges les éléments d'une répartition differente, plus juridique et plus équitable.

C'est ainsi que dans le cas où l'obligation *in solidum* a pour cause un fait illicite dommageable, il est, en effet, à la fois plus juridique et plus équitable que les juges mesurent à chacun sa part de responsabilité, eu égard à la part plus ou moins inégale, qu'il a prise dans le fait, comme à l'importance, aussi plus ou moins inégale, du bénéfice qu'il a pu en retirer.

Pothier a écrit que :

« Si la dette solidaire procède d'un délit commis par quatre particuliers, chacun est bien débiteur solidaire vis-à-vis de la personne, contre qui le délit a été commis ; mais que entre eux chacun est débiteur pour la part, qu'il a eue au délit, c'est-à-dire pour un quart. » (n° 264.)

Sur quoi, M. Rodière reprend Pothier, en disant que *rien n'est plus faux qu'une pareille présomption* ! (n° 315.)

Nous serions de l'avis de notre savant collègue, si, en effet, le grand jurisconsulte, notre maître, à tous ! avait voulu poser, à cet égard, une présomption absolue.

Mais est-ce là ce qu'il a voulu ? sa vraie pensée n'est-elle pas surtout dans ces mots, où il dit que *chacun est débiteur pour la part qu'il a eue au délit....* ?

Quoi qu'il en soit, nous considérons comme certain qu'il appartient aux juges de répartir inégalement,

suivant les circonstances, le montant de la dette entre ceux, qui sont tenus pour le même fait, d'une obligation *in solidum*. (Comp. *supra*, n° 368; Riom, 14 juin 1843, comm. de Clairmont-Ferran, Dev., 1843, II, 329; Riom, 19 déc. 1843, comm. d'Aubière, Dev., 1844, II, 151; Orléans, 30 juin 1849, comm. de Sury-aux-Bois, Dev., 1851, II, 689; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 16; Rodière, nos 175, 315 et 321; Larombière, t. II, art. 1202, n° 21.)

B. — *Quels sont les effets de la solidarité entre les débiteurs?*

SOMMAIRE.

310. — Division.

310. — Les effets de la solidarité, entre les débiteurs, doivent être examinés sous un double point de vue; à savoir :

I. Dans les rapports des codébiteurs solidaires envers le créancier;

II. Dans les rapports des codébiteurs solidaires les uns envers les autres.

I.

Des rapports des codébiteurs solidaires envers le créancier.

SOMMAIRE.

311. — Les rapports des codébiteurs solidaires envers le créancier, dérivent tous des trois règles, qui sont comme les trois clefs de la solidarité. — Renvoi.

312. — I. La première règle est que chacun des débiteurs solidaires est, envers le créancier, débiteur du total, comme s'il était seul. — D'où la conséquence que le créancier peut s'adresser à celui qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de discussion.

313. — Suite.

314. — Suite.

315. — Suite.

316. — Celui des codébiteurs solidaires, qui est poursuivi par le créancier, peut-il lui opposer l'exception dilatoire de garantie, et demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs?

348. — Suite.
349. — 2° La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous. — Explication.
350. — Suite.
351. — Suite.
352. — Que faudrait-il décider, si la dette de l'un était actuellement exigible; tandis que la dette des autres serait à terme ou sous condition ?
353. — Suite.
354. — Suite.
355. — 3° Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous. — Explication.
356. — Suite.
357. — Suite. — Du cas où la prescription était déjà accomplie.
358. — Faut-il appliquer aussi l'article 1206 à la suspension de la prescription. — Renvoi.
359. — Du cas où l'un des débiteurs solidaires est décédé, laissant plusieurs héritiers.
360. — Suite.
361. — Suite.
362. — L'article 1206 est applicable à toutes les poursuites quelconques, qui peuvent être considérées comme interruptives d'une prescription. — Exemple.
363. — Suite.
364. — Suite.
365. — Suite.
366. — La chose jugée avec le créancier pour ou contre l'un des débiteurs solidaires, doit-elle être considérée comme jugée aussi pour ou contre les autres? — Exposition.
367. — Suite.
368. — Suite.
369. — Suite.
370. — Suite.
371. — Suite.
372. — Suite.
373. — Suite.
374. — Suite.
375. — Suite.
376. — III. La troisième règle de la solidarité est que si chacun des codébiteurs doit le tout, ils ne le doivent tous ensemble qu'une seule fois. — Quelle en doit être la conséquence ? — Exposition.
377. — Quels sont les moyens qui peuvent être opposés au créancier, soit par tous les codébiteurs, soit seulement par quelques-uns d'entre eux? — Explication du mot *exception*, que le législateur emploie dans l'article 1208.
378. — Suite.
379. — I. La première classe des exceptions, qui peuvent être opposées au créancier, sont celles *qui résultent de la nature de l'obligation.*
380. — II. La seconde classe comprend celles *qui sont communes à tous les codébiteurs.* — Explication.

381. — III et IV. La troisième classe comprend *les exceptions personnelles:* et la quatrième classe, *les exceptions purement personnelles.* — Explication.
382. — Suite.
383. — Suite.
384. — Suite.
385. — Suite.
386. — Suite.
387. — Suite.
388. — Suite.
389. — Comment les différents modes d'extinction des obligations en général, énumérés par l'article 1234, s'appliquent à l'obligation solidaire. — Exposition.
390. — 1° Du payement.
391. — De la dation en payement.
392. — 2° De la novation.
393. — Suite.
394. — 3° De la remise de la dette.
395. — Suite.
396. — Suite.
397. — Suite.
398. — 4° De la compensation.
399. — Suite.
400. — Suite.
401. — Suite.
402. — Suite.
403. — 5° De la confusion.
404. — Suite.
405. — Suite.
406. — Suite.
407. — Suite.
408. — 6° De la perte de la chose due.
409. — 7° De la nullité ou de la rescision de l'obligation.
410. — 8° De la condition résolutoire.
411. — 9° De la prescription.
412. — Suite.
413. — Suite.
414. — Suite.
415. — Suite.
416. — Suite.
417. — On peut, sur ce sujet, conclure par cette règle générale, que tout arrangement, par suite duquel la dette commune se trouve éteinte, envers le créancier, à l'égard de l'un des débiteurs, a nécessairement pour résultat de l'éteindre à l'égard des autres.

311. — Les rapports des codébiteurs solidaires envers le créancier dérivent tous, comme autant de conséquences, des trois règles que nous avons posées, et qui sont les trois *clefs* de cette théorie. (Comp. *supra,* n° 201.)

512. — I. Chacun d'eux est, envers le créancier, débiteur du total, comme s'il en était le seul débiteur.

« .... *Singuli solidum debent....* »

Telle est la première règle, que l'article 1200 consacre, en disposant que chacun d'eux *peut être poursuivi pour la totalité.*

D'où la conséquence que l'article 1203 en déduit en ces termes :

« Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs, qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division. »

Conséquence logique ou plutôt *nécessaire* de la règle, dit Pothier (n° 270).

Le créancier peut donc agir contre celui des débiteurs qu'il lui convient de choisir, de l'une ou de l'autre de ces deux manières, suivant les cas :

Soit par des poursuites en exécution à fin de paiement, s'il est pourvu d'un titre exécutoire;

Soit par des poursuites à fin de condamnation, dans le cas contraire.

513. — L'article 1203 ajoute que celui des codébiteurs solidaires, qui est poursuivi pour le tout par le créancier, ne peut pas lui opposer le bénéfice de division.

Quel est ce bénéfice? et en quoi consiste-t-il?

Le voici, tel que les articles 2025 et 2026 l'accordent aux cautions :

Article 2025 : « Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur, pour une même dette, elles sont obligées, chacune, à toute la dette.

Article 2026 : « Néanmoins, chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action et la réduise à la part et portion de chaque caution.

« Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette

caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut plus être recherchée, à raison des insolvabilités survenues depuis la division. »

Eh bien! c'est ce même bénéfice de division que la loi accorde aux cautions, qu'elle refuse aux codébiteurs solidaires.

Très-justement, sans doute!

La solidarité, en effet, telle qu'elle est constituée, plaçant chacun des codébiteurs en face du créancier, comme s'il était son unique débiteur, la solidarité, disons-nous, n'a pas seulement pour but de garantir au créancier qu'il obtiendra le paiement du total, sans rien perdre;

Elle a, encore et en outre, pour but de lui garantir qu'il l'obtiendra de suite, en une seule fois, sans fractionnement et sans multiplication de poursuites.

C'est-à-dire, qu'elle est, par sa propre constitution, exclusive du bénéfice de division!

Le législateur, toutefois, a bien fait de s'en expliquer, par un double motif :

Historiquement d'abord, parce que, dans l'origine, ce n'était point là une règle très-ferme; Marcellus, en droit romain, semblait accorder le bénéfice de division aux *correi debendi*, en ajoutant seulement qu'il serait *peut-être* plus juste de le leur refuser : *quanquam fortasse sit justius....* (L. 47, ff. *Locati*;) la Novelle 99 l'accordait même positivement aux *correi*, qui s'étaient rendus réciproquement cautions l'un de l'autre.... *alterna fidejussione obligatos*. Aussi, dans notre ancien droit, Pothier, tout en disant que cette Novelle ne paraissait pas être suivie en France, n'était pourtant pas lui-même très-affirmatif, pour refuser le bénéfice de division aux codébiteurs solidaires; et il ajoutait que les actes des notaires portaient ordinairement la clause de renonciation à ce bénéfice. (n° 270.)

Juridiquement; parce que les codébiteurs solidaires se trouvant placés, les uns envers les autres, dans

la même situation que plusieurs personnes qui ont mutuellement cautionné le même débiteur, on aurait pu (comme il était arrivé !), mettre en question s'ils ne pouvaient pas aussi opposer au créancier le bénéfice de division.

Il était donc utile de faire cesser les hésitations de la doctrine ancienne, et de restituer nettement à la solidarité toute son énergie ; car si les codébiteurs peuvent être considérés comme des cautions mutuelles, c'est seulement dans leurs rapports mutuels entre eux ; et non pas dans leurs rapports envers le créancier, à l'égard duquel chacun d'eux joue le rôle de débiteur principal !

314. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que la faculté, que l'article 1203 accorde au créancier de s'adresser à celui des débiteurs, qu'il veut choisir, implique virtuellement que la dette est exigible à l'égard de tous !

Car si l'un d'eux n'était débiteur que sous condition ou à terme, nous avons vu, au contraire, que le créancier ne pourrait s'adresser à lui qu'après l'accomplissement de la condition ou l'échéance du terme. (Art. 1201 ; *supra*, n° 215.)

315. — Ce qui prouve que les parties peuvent, en contractant, modifier, comme elles l'entendent, par des clauses partiuclières, les principes rigoureux de la solidarité, et notamment déterminer, entre elles, par dérogation à l'article 1203, un mode ou un ordre particulier de poursuites, simultané ou successif.

C'est la remarque de M. Larombière (t. II, art. 1203, n° 3).

Et elle est d'évidence, en tant, bien entendu, qu'il s'agit de la solidarité conventionnelle dont les effets dépendent de la libre volonté des parties contractantes.

316. — Celui des codébiteurs solidaires, qui est poursuivi par le créancier, peut-il lui opposer l'exception dilatoire de garantie et demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs?

Pothier, dans notre ancien droit, enseignait la négative, d'après Dumoulin. (*Divid. et indiv.* Part. III, n° 107.)

Et c'était là même une des différences qu'il signalait entre les débiteurs d'une obligation indivisible, auxquels il permettait d'opposer l'exception dilatoire de garantie, et les codébiteurs solidaires, dont il disait, au contraire, « qu'ils sont obligés de payer tout aussitôt qu'ils sont interpellés, et qu'ils ne sont pas reçus (si ce n'est par une grâce, qui, à la vérité, s'accorde toujours) à demander un délai pour mettre leurs codébiteurs en cause.... » (n° 331.)

Mais nous croyons que *cette grâce* doit être considérée comme un droit, et que les principes, même les plus rigoureux de la solidarité, n'y font point obstacle :

L'article 175 du Code de procédure dont la disposition est générale, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, (*supra*, n° 301), accorde l'exception dilatoire à quiconque prétend avoir droit d'appeler en garantie.

Or, les codébiteurs solidaires sont bien certainement garants les uns des autres (art. 1213); et puisque les débiteurs d'une obligation indivisible ont ce droit, (art. 1224), on ne voit pas pourquoi les codébiteurs solidaires ne l'auraient pas !

Est-ce que d'ailleurs le codébiteur solidaire, en opposant l'exception dilatoire de garantie, méconnaît la disposition de l'article 1203 et le droit qu'elle confère au créancier de s'adresser à lui, pour obtenir le payement total de sa créance ?

Nullement !

Il se borne à demander un délai dont la courte durée, légalement fixée, ne saurait causer au créancier un dommage sérieux ; tandis que ce délai peut être, dans son intérêt, de la plus haute importance, en lui permettant de faire rendre le jugement à intervenir, commun avec lui et ses codébiteurs.

Aussi, telle est, à peu près unanimement la doctrine moderne (comp. Duranton, t. XI, n° 215; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, d. 18; Rodière, n° 132; Duvergier, sur Toullier, t. III, n° 738; note *a;* Larombière, t. II, art. 1203, n° 4; Colmet de Santerre, t. V, n° 136 *bis* II).

517. — C'est par les mêmes motifs que les codébiteurs, non poursuivis par le créancier, ont le droit d'intervenir dans l'instance pour la conservation de leurs intérêts particuliers ou des intérêts communs. (Comp. Bordeaux, 19 août 1826, Gosselin, D., 1830, II, 46.)

518. — Du droit, qui appartient au créancier de demander le payement du total à chacun des codébiteurs solidaires, résulte le droit corrélatif et très-justement réciproque, pour chacun des codébiteurs solidaires, d'offrir au créancier et de le contraindre, en cas de refus, à recevoir aussi le payement du total;

Et cela, lors même qu'il aurait intérêt à la division de la dette.

Pourtant, la solidarité n'est faite que dans l'intérêt du créancier! les codébiteurs ne peuvent pas s'en prévaloir ni la retourner contre lui! (comp. L. 3, § 1, ff. *De duobus reis*; Demangeat, *h. l.* p. 195 et 404.)

Il est vrai!

Mais quel qu'ait pu être, à cet égard, la solution du droit romain, en matière de correalité, nous répondons, dans notre droit français, que la solidarité, une fois constituée, produit des effets, qui ne sauraient être divisés.

Or, tel est précisément son effet le plus caractéristique!

Chacun des codébiteurs devant être considéré, envers le créancier, comme s'il était seul débiteur du total, il en résulte cette double et indivisible conséquence, que par la même raison que le créancier peut demander le tout à chacun d'eux, chacun d'eux peut offrir le tout au créancier! (Comp. *supra,* n° 158; Bordeaux, 14 avril 1825,

Sirey, 1826, II, 171 ; Cass., 15 mars 1827, Sirey, 1827, I, 378 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 18 ; Larombière, t. II, art. 1204 n° 4.)

319. — Il est bien entendu que ce droit du créancier de demander le total sans division à chacun des codébiteurs, comme aussi le droit de chacun des codébiteurs d'offrir le total sans division au créancier, n'existe dans sa plénitude, qu'autant que les codébiteurs solidaires sont encore vivants, ou que celui qui serait décédé, n'a laissé qu'un héritier unique.

Car il en serait autrement, dans le cas où l'un des codébiteurs solidaires décédé aurait laissé plusieurs héritiers.

La dette continuerait bien alors, sans doute, d'être solidaire pour la succession elle-même.

Mais chacun des héritiers ne recueillant qu'une part de cette succession, n'en serait tenu que jusqu'à concurrence de cette part.

Pierre et Paul me doivent solidairement 12 000 fr.

Et l'un d'eux, Paul, décède, laissant trois héritiers par égales parts.

Ces trois héritiers, ensemble, sont bien tenus, envers moi, de la totalité de la dette solidaire.

Mais chacun d'eux, dans cette dette, n'est tenu que jusqu'à concurrence du tiers, savoir de 4000 fr. (Comp. *infra*, nos 359 et suiv.; art. 2249.)

320. — Aux termes de l'article 1204 :

« Les poursuites faites contre l'un des débiteurs, n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres. »

Telle est encore la conséquence, très-évidente, de notre règle, que chacun d'eux doit le tout.... *singuli solidum*. (n° 312.)

Cette conséquence est, en effet, tellement évidente, que l'on peut demander pourquoi le législateur a cru devoir la décréter textuellement?

La réponse est encore dans la tradition historique.

D'après l'ancien droit romain, la *poursuite* faite contre l'un des *correi promittendi* éteignait l'obligation à l'égard des autres, soit par l'effet de cette espèce de novation judiciaire qui résultait de la *litis-contestatio*, soit plutôt, peut-être, suivant l'explication de M. Demangeat, par l'effet du principe romain que la même obligation ne pouvait pas être plusieurs fois déduite *in judicium*. (*Des obligat. solid. en droit romain*, p. 71-72.)

Quoi qu'il en soit, les changements qui s'introduisirent, avec le temps, dans la procédure romaine, firent disparaître de la théorie de la *corréalité* cette règle incommode et fâcheuse, dit fort bien le savant auteur ; et nous ajoutons cette règle véritablement attentatoire au droit essentiel que la solidarité doit conférer au créancier.

C'est ce que Justinien proclamait, en le lui restituant par la Constitution 28, au Code *de Fidejussoribus :*

« .... Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione præjudicium creditori adversus alium fieri non concedentes ; *sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales, et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat....* »

C'est ce que Pothier rappelait dans son *Traité des Obligations* (n° 271).

Le législateur de notre Code a fait de même dans l'article 1204.

321. — Et le droit du créancier n'est pas seulement, après avoir d'abord poursuivi l'un, de poursuivre l'autre ensuite.

C'est aussi de les poursuivre tous ensemble simultanément, ou d'en poursuivre seulement d'abord quelques-uns, et les autres après ceux-là, successivement.

Car, en même temps que chacun d'eux doit être individuellement considéré comme s'il était seul débiteur « .... *singuli solidum debent....* » ils doivent être aussi tous ensemble considérés collectivement comme ne for-

mant, par leur réunion, qu'un débiteur unique,... *unum debent omnes.*

Voilà bien ce qui fait le nerf de la solidarité, dont le but essentiel est de garantir au créancier le recouvrement intégral de sa créance, soit contre un seul des codébiteurs, soit contre plusieurs d'entre eux, soit contre tous les débiteurs ensemble !

522. — Mais cela, bien entendu, sous une condition, qui va de soi, et qu'il est à peine nécessaire de rappeler, puisqu'elle est elle-même inhérente essentiellement à la théorie de la solidarité ; à savoir : sous la condition que le créancier qui aura reçu de l'un des débiteurs son paiement en tout ou en partie, ne pourra plus poursuivre les autres, si le paiement a été total, et ne pourra les poursuivre que pour ce qui lui reste dû, si le paiement a été partiel.

De même, en effet, que le paiement total, fait par l'un, libère totalement les autres, de même le paiement partiel, fait par l'un, libère aussi les autres jusqu'à concurrence de l'à-compte, qui a éteint d'autant la dette commune. (Art. 1200, 1208, 1234, Cod. Nap., et art. 544 Cod. de comm.)

Aussi est-ce certainement sous cette restriction que l'article 1204 dispose que :

« Les poursuites faites contre l'un des débiteurs, n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres. »

523. — Cette restriction est, en effet, d'une telle évidence, qu'il semble, comme nous venons de le dire, qu'elle n'avait pas besoin d'être rappelée.

Nous la rappelons pourtant, parce qu'elle nous amène, par une transition toute naturelle, à une hypothèse infiniment délicate, où elle devient elle-même, malgré sa simplicité presque naïve, le siége de difficultés très-graves.

Nous voulons parler de l'hypothèse où les codébiteurs

solidaires se trouvant en même temps en état de faillite, le créancier se présente dans la masse de l'un, après avoir reçu déjà un payement partiel dans la masse de l'autre.

Cette hypothèse intéressante fait l'objet de l'article 542 du Code de commerce, qui est ainsi conçu :

« Le créancier, porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli ou d'autres coobligés qui sont en faillite, participera aux distributions dans toutes les masses, et y figurera pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement. »

Il nous paraît nécessaire de citer aussi les trois articles suivants, qui complètent, dans le Code de commerce, et qui mettent en relief la théorie qui gouverne *les coobligés et les cautions.*

Article 543 : « Aucun recours, pour raison des dividendes payés, n'est ouvert aux faillites des coobligés les unes contre les autres, si ce n'est lorsque la réunion des dividendes que donneraient ces faillites, excéderait le montant total de la créance, en principal et accessoires; auquel cas, cet excédant sera dévolu selon l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants. »

Article 544 : « Si le créancier porteur d'engagements solidaires entre le failli et d'autres coobligés a reçu, avant la faillite, un à-compte sur la créance, il ne sera compris, dans la masse, que sous la déduction de cet à-compte et conservera, pour ce qui lui restera dû, ses droits contre le coobligé ou la caution. »

« Le coobligé ou la caution qui aura fait le payement partiel, sera compris dans la même masse pour tout ce qu'il aura payé à la décharge du failli. »

Article 545 : « Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance, contre les coobligés du failli. »

324. — Notre dessein ne saurait être d'entreprendre l'explication complète, au point de vue du droit com-

mercial, en matière de faillite, de ces importantes dispositions.

La carrière où nous sommes engagé est bien assez vaste, pour que nous nous abstenions de ces sortes d'empiétements!

Et toutefois, il serait impossible de ne pas nous y arrêter, afin de l'envisager par le côté qui nous appartient, et en tant que les principes du droit civil sur la théorie de la solidarité s'y trouvent eux-mêmes engagés.

Quel est le caractère de l'article 542 du Code de commerce?

Est-ce une disposition de droit commun, dérivant des règles générales, qui gouvernent la solidarité?

Est-ce, au contraire, une disposition exceptionnelle, dérivant des principes particuliers qui gouvernent la faillite?

Faut-il l'étendre?

Faut-il la restreindre?

Quelle explication scientifique, enfin, est-il possible d'en fournir?

Toutes questions qui ne sont pas seulement des questions de droit commercial, mais qui sont assurément aussi des questions de droit civil.

325. — Les controverses fort compliquées qui s'agitent sur l'article 542 du Code de commerce, comme aussi les critiques, que nous croyons fort injustes, dont il a été l'objet, proviennent surtout, à notre avis, de ce que le fait déterminé et défini, qu'il a en vue de régler, n'a pas été peut-être bien posé.

Nous essayerons d'abord de le poser nettement.

Ce procédé est, en effet, entre tous, le plus sûr pour découvrir le vrai sens d'un texte de loi; c'est d'en construire l'espèce et de la rendre, pour ainsi dire, vivante!

Eh bien! donc, voici, suivant nous, l'espèce que l'article 542 a prévue :

J'ai trois codébiteurs solidaires d'une somme de 12,000 francs, Pierre, Paul et Jacques.

Tous les trois sont commerçants.

Et tous les trois tombent en faillite, en même temps, simultanément. (On ne tardera pas à voir pourquoi nous insistons sur cette circonstance de la simultanéité des trois faillites !)

Quel est mon droit, à moi, créancier, en pareille occurrence?

J'en ai un, qui est tout d'abord incontestable et incontesté.

C'est de me présenter, en même temps et simultanément, dans ces trois faillites!

D'une part, en effet, telle est la conséquence de la solidarité, ainsi que nous venons de le reconnaître (*supra*, n° 321);

Et, d'autre part, il est évident que j'ai acquis, en même temps et simultanément, un droit au dividende de chacune de ces faillites, dès l'instant où elles ont été déclarées. Mais, comme ce droit au dividende n'est pas un payement, il ne saurait, pour aucune des faillites, éteindre ma créance, qui subsiste, au contraire, dans son intégralité contre chacune d'elles, et qui peut être, en conséquence, présentée, contre chacune d'elles, dans son intégralité.

Je me présente donc dans les trois faillites de Pierre, de Paul et de Jacques, pour ma créance totale de 12,000 francs.

Et celle des faillites, qui est liquidée la première, me paye un dividende de 50 pour 100 : soit 6,000 francs pour les 12,000 francs qui me sont dus.

326. — Maintenant, voici la double difficulté qui s'élève :

Puis-je me présenter ensuite comme créancier dans les deux autres faillites?

Et, en cas d'affirmative, pour quelle somme puis-je me présenter?

Est-ce encore pour 12,000 francs, montant nominal de mon titre?

Est-ce seulement pour 6,000 francs, montant effectif de ce qui me reste actuellement dû?

Trois systèmes différents se sont successivement produits, sur cette thèse, dans notre ancienne jurisprudence :

527. — *a.* Le premier enseignait que le créancier a sans doute le droit de se présenter dans celle des faillites qui donne le plus fort dividende, et qui lui convient le mieux, en conséquence, de choisir; qu'il peut, par exemple, si l'une d'elles donne 50 pour 100, tandis que les deux autres ne donnent que 25, se présenter dans la première; mais qu'une fois qu'il a fait son choix pour l'une, il ne peut plus se présenter dans les autres.

La règle, en matière de solidarité, disait-il, est que la dette éteinte par le payement qu'en fait l'un des codébiteurs, est, du même coup, éteinte à l'égard des autres;

Or, les trois masses, ou, comme on disait surtout à cette époque, les trois *directions* des codébiteurs, *qui ne sont plus, eux! dans le commerce, puisqu'ils ont fait faillite*, sont devenues, en leur lieu et place, débitrices solidaires envers le créancier;

Donc, le payement par lequel l'une d'elles a obtenu sa libération totale, a produit aussi la libération totale des deux autres.

Il importe peu que l'une des masses ait payé seulement un dividende, et qu'elle ne se soit libérée qu'en *monnaie de faillite*.

Elle n'en est pas moins libérée intégralement.

Or, sa libération intégrale, c'est l'extinction de toute la dette, puisqu'il n'y a qu'une seule dette pour toutes les masses ensemble!

C'était le système de Savary, l'un des auteurs, et même le rédacteur principal de l'Ordonnance de 1673. (Comp. Parères 13 et 48, sur la cinquième question.)

528. — *b.* D'après le second système, au contraire,

le créancier, après avoir reçu un dividende dans la première direction, peut se présenter successivement dans les deux autres, mais sous la déduction des sommes qu'il a reçues dans les autres directions où il s'est présenté.

Ainsi, créancier de Pierre, de Paul et de Jacques pour une somme de 12,000 francs, si j'ai reçu un dividende de 6,000 francs dans la faillite de Pierre, qui a donné 50 pour 100, je ne puis me présenter que pour 6,000 à la faillite de Paul;

Et si la faillite de Paul donnant aussi 50 pour 100, j'ai reçu un dividende de 3,000 francs, je ne puis plus me présenter que pour 3,000 francs à la faillite de Jacques ;

De sorte que si celle-ci ne donne encore elle-même que 50 pour 100, je ne puis recevoir qu'un dividende de 1,500 francs.

Total donc de mes dividendes dans les trois directions : 10,500 francs.

Ce qui me fait une perte, en définitive, de 1,500 francs.

C'est le système qu'enseignaient Dupuy de la Serra, Boutaric, Jousse, et notamment Pothier, qui l'exposait en ces termes :

« Si, disait-il, tous ceux qui sont débiteurs de la lettre de change, tant l'accepteur que le tireur et les endosseurs, avaient fait banqueroute, le propriétaire de la lettre, qui est créancier de chacun d'eux du total, peut se faire colloquer dans la distribution des biens de chacun d'eux, comme créancier du total; mais aussitôt que, par la distribution qui en aura été la première terminée, il aura été payé d'une partie de sa créance, *puta* du quart, il ne pourra plus rester dans les distributions des autres débiteurs, qui restent à faire que pour le surplus de ce qui lui est dû. » (*Traité du Contrat de change*, n° 160.)

C'est-à-dire que ce second système, pour appliquer le principe de la solidarité, ne s'attachait qu'au payement

réel que chacune des directions avait fait successivement; et comme le payement du dividende, ainsi envisagé, n'est qu'un payement partiel, il décidait que la dette est bien éteinte, sans doute, à l'égard des autres faillites, jusques à due concurrence, mais pas audelà!

C'est ce qu'avaient aussi décidé le Parlement de Paris, par un arrêt de 1706, et le Parlement d'Aix, par un arrêt de 1776.

529. — *c*. Enfin, le troisième système, qui apparaît, dans la pratique, vers cette dernière époque, consistait à dire que le créancier peut se présenter successivement, dans toutes les faillites, pour la valeur nominale de son titre, sans aucune déduction des dividendes par lui déjà reçus.

Les bases en furent posées dans deux arrêts mémorables du Conseil, l'un du 24 février 1778, l'autre du 23 octobre 1781. (Comp. Émérigon, *Traité des Contrats à la grosse,* chap. x, sect. III.)

Les deux premiers systèmes offraient un inconvénient grave, qui devait, en effet, tôt ou tard, amener leur chute.

Ils enlevaient au créancier le moyen, et, par conséquent, l'espérance de jamais obtenir son payement intégral!

Cet inconvénient était surtout saillant dans le premier système, qui ne permettait au créancier de figurer, en tout et pour tout, que dans l'une des faillites! de sorte que le plus souvent, il ne lui permettait pas d'approcher, même de très-loin, de son payement intégral!

Et si le second système était un peu plus favorable au creancier, il n'en aboutissait pas moins lui-même fatalement à cette conséquence, que, en aucun cas, le créancier ne pouvait obtenir le total de ce qui lui était dû, si nombreux que fussent ses débiteurs faillis, et si avantageux que fussent les dividendes de chacune des faillites,

puisqu'il fallait toujours faire une déduction dans chacune d'elles, depuis la seconde jusqu'à la dernière! (Comp. *supra*, n° 328.)

Or, c'était là certainement un échec au principe de la solidarité, dont le but, dans l'intention des parties qui la stipulent, ou du législateur qui l'accorde, est, au contraire, de garantir le créancier contre les faillites de ses débiteurs, et de lui assurer, si faire se peut, le payement intégral de ce qui lui est dû!

Chose notable! ce qui paraissait surtout préoccuper les promoteurs de ces deux systèmes, c'était la crainte que le créancier, s'il pouvait se présenter successivement dans chacune des faillites pour la valeur nominale de son titre, ne finit par recevoir plus qu'il ne lui était dû!

Ce qui pourrait arriver, en effet, si les dividendes réunis des diverses faillites dépassaient le montant total de sa créance.

Créancier, comme dans notre exemple, de 12 000 fr., j'ai reçu dans la faillite de Pierre un dividende de 50 pour 100, soit, 6000 fr.

Et ensuite, me présentant encore pour 12 000 fr. dans la faillite de Paul, j'y reçois un dividende de 75 pour 100, soit, 9000 fr.

Ce qui porte à 15 000 fr. le total de ce qui m'a été payé, c'est-à-dire à 3000 fr. au delà de ce que je pouvais recevoir.

Cette crainte, qui préoccupait les partisans des deux premiers systèmes, n'était pas, il faut en convenir, sans quelque gravité à cette époque. L'Ordonnance de 1673, très-brève et très-insuffisante sur la matière des faillites, n'indiquait, en effet, aucun moyen, soit pour prévenir un pareil abus, soit pour le réparer, si on n'avait pas pu le prévenir!

Et voilà principalement ce qui avait fait le succes de ces deux systèmes, qui étaient, eux! bien sûrs de rendre cet abus impossible, puisqu'afin d'empêcher que le

créancier reçût jamais trop, ils s'arrangeaient de sorte à ce qu'il ne reçût jamais assez!

330. — Le troisième système remédie précisément à cet inconvénient.

Aussi, avait-il fini par prévaloir dans notre ancienne jurisprudence; et il était généralement pratiqué, lorsque le législateur de 1808 s'occupa de la rédaction du Code de commerce.

C'est, en effet, aussi celui qu'il a adopté dans l'article 534, et qui a été complété par les articles que la loi de 1838 y a ajoutés. (*Supra*, n° 523.)

Le législateur nouveau a d'ailleurs sagement écarté l'objection que l'on faisait à ce système, d'aboutir à cette conséquence, que le créancier pourrait recevoir plus qu'il ne lui est dû.

Il a prescrit, en effet, d'abord, d'inscrire, sur chaque titre, la somme pour laquelle le créancier sera admis au passif de la faillite (art. 497); et ensuite, de ne faire aucun payement sans exiger la représentation du titre, et sans en inscrire le montant sur le titre même (art. 569); de sorte que les syndics peuvent de suite facilement reconnaître si les dividendes déjà reçus par le créancier, atteignent ou non la valeur nominale de son titre.

331. — Telle est donc aujourd'hui la disposition de notre droit.

Mais comment l'expliquer logiquement, scientifiquement?

Cette explication, qui nous reste à fournir, est importante; car la solution de plusieurs difficultés graves, que ce sujet a soulevées, en dépend.

Or, précisément, les explications, qui en ont été présentées, sont loin d'être uniformes; et nous croyons qu'il est permis d'ajouter qu'elles ne sont pas non plus, en général, satisfaisantes.

Les uns, ne trouvant pas, en effet, une satisfaisante explication de l'article 542 du Code de commerce, le

déclarent contraire aux principes! (Comp. le *Rec. alph.* de Dalloz, v° *Faillite* et *Banqueroute*, n° 994.)

Les autres, en plus grand nombre, y voient une application très-juridique des principes du droit commun, en matière de solidarité. (Comp. Renouard, *des Faillites*, t. II, p. 177; Massé, *le Droit commerc.*, t. III, n° 2021; Bédarride, t. II, n° 863; Larombière, t. II, art. 1204, n° 5.)

332. — D'après Bravard-Veyrières, au contraire, le *principe de la solidarité*, ou, comme il dit, le *principe du payement* disparaît, dans cette hypothèse, pour faire place *au principe du dividende.*

Les diverses masses, à la différence des débiteurs solidaires qui sont faillis, ne sont pas, elles! solidaires.

Les trois codébiteurs solidaires devaient 12 000 fr.

C'était bien là, en effet, une même chose..., *eadem pecunia.*

Mais les masses diveres, que doivent-elles désormais?

Elles doivent, chacune, seulement les dividendes qu'elles peuvent donner.

Or, ces dividendes sont différents : dans l'une, peut-être, de 75 pour 100; dans l'autre de 50; dans la troisième de 25.

D'où le regrettable auteur déduit cette conséquence, qui, suivant lui, est forcée, qu'il n'y a pas, en effet, de solidarité entre les masses; que le dividende payé par l'une d'elles la libère, il est vrai, complétement; mais qu'il ne peut avoir d'inflence sur le dividende dû par les autres; et qu'il ne peut, dès lors, diminuer, en rien, le droit qu'à le créancier de toucher ce dividende, puisqu'il est distinct et indépendant de celui ou de ceux qu'il a déjà reçus. — (*Traité du Droit commercial*, t. V, p. 594 et suiv.)

333. — Si ingénieuse que cette théorie puisse paraître, elle est, suivant nous, inadmissible.

Ce n'est pas que le *principe du dividende* soit étranger à l'explication de la disposition de l'article 542; nous croyons, au contraire, qu'il doit y figurer, et même avec un rôle considérable.

Mais ce qui n'est pas juridique, c'est de vouloir en écarter le principe de la solidarité.

Tel est aussi le sentiment de l'annotateur de Bravard-Veyrières, qui remarque, fort justement, que l'inégalité des dividendes qui sont donnés par les diverses masses, n'est pas exclusive du principe de la solidarité. (Comp. *supra*, n° 204.)

« En effet, dit M. Demangeat, d'abord de ce que la faillite de Primus donne 75, celle de Secundus 50, celle de Tertius 25 pour 100, à titre de dividende, faut-il absolument en conclure qu'il n'y a aucune solidarité possible entre les trois masses? Non! car, assurément, quand Primus me doit 75, rien ne s'oppose à ce que Secundus et Tertius le cautionnent solidairement, l'un, jusqu'à concurrence de 50, l'autre jusqu'à concurrence de 25; et si Tertius me paye les 25 qu'il me doit, sans aucun doute je ne pourrai plus me présenter à Primus que comme créancier de 50. De plus, s'il n'y a pas solidarité ou quelque chose d'analogue entre les masses des débiteurs faillis, comment s'expliquer que la masse, qui a payé 75, tandis qu'une autre payait 25 pour 100, puisse avoir un recours contre la troisième masse, conformément à l'article 543. » (Note I, p. 599.)

Cette réfutation nous semble péremptoire ; et ce n'est pas, avec moins de raison, que notre honoré collègue ajoute que la théorie exposée par Bravard est restée certainement etrangère au législateur.

Mais quelle est la théorie de M. Demangeat lui-même?

« L'idée du législateur, j'en suis convaincu, répond-il, a été simplement celle-ci: en matière civile, il n'arrivera presque jamais que tous les coobligés solidaires se trou-

vent, à la fois, en état de déconfiture; et, par conséquent, le créancier, qui ne peut se présenter à Secundus qu'en déduisant ce qu'il a déjà reçu de Primus, a néanmoins chance d'obtenir, en définitive, son payement intégral; au contraire, en matière commerciale, comme le créancier est exposé à ce que tous les obligés se trouvent en faillite, il faut nous arranger de telle manière, que, même dans ce cas, il ait la possibilité de ne rien perdre. » (*Loc. supra cit.*)

Est-ce là une explication scientifique de la disposition de l'article 542?

La pensée du savant jurisconsulte ne semble-t-elle pas être, au contraire, que le législateur n'a réussi *à arranger les choses de cette manière* qu'au moyen d'une sorte d'expédient, plus facile à justifier par le but d'utilité pratique et d'équité, qu'il se proposait d'atteindre, que par la logique exacte des principes du droit?

Voilà bien ce qui paraît résulter des termes dans lesquels M. Demangeat s'exprime.

334. — Nous croyons, toutefois, pour notre part, qu'il est possible de fonder la disposition de l'article 542 sur une base juridique.

Et, à notre avis, cette disposition peut être expliquée logiquement par la combinaison des principes généraux de la solidarité et des principes particuliers de la faillite, appliquée à l'hypothèse déterminée qui en est l'objet.

Cette hypothèse, comme nous avons eu soin déjà de le remarquer, est celle de la simultanéité des faillites des codébiteurs solidaires; le législateur suppose qu'ils sont tous faillis à la fois; et c'est en présence des ces masses, qui sont toutes, en même temps, en liquidation, qu'il se place, pour accorder au créancier le droit de se présenter, en même temps, dans toutes, pour la valeur nominale de son titre.

Eh bien! le fait étant ainsi posé, la disposition légis-

lative nous paraît comporter parfaitement une explication scientifique.

En effet, dès l'instant où l'une des faillites est déclarée, le créancier a un droit acquis à la somme qu'elle pourra donner, d'après le résultat de la liquidation; un droit acquis, disons-nous, qui n'est pas sans doute encore un payement, et qui laisse subsister la créance dans son intégralité, mais qu'aucun événement ultérieur ne saurait lui enlever rétroactivement.

Et ce même droit, qu'il a dans l'une, il l'a aussi évidemment dans l'autre; il l'a en un mot, également et absolument le même, dans chacune des faillites de ceux de ses débiteurs qui se trouvent, simultanément, en état de liquidation.

C'est-à-dire qu'il a le droit de se présenter, simultanément, en effet, dans chacune d'elles, pour la valeur nominale de son titre.

Cela est incontestable! (art. 1200, 1204).

Or, s'il était possible que les liquidations de ces diverses faillites marchassent du même pas et fussent terminées au même moment, qu'arriverait-il?

Il arriverait inévitablement et très-naturellement que le créancier, présent dans chacune d'elles pour la valeur nominale de son titre, recevrait, en effet, de chacune d'elles, d'après la valeur nominale de son titre, ce qu'elle pourrait donner; et que, s'il était créancier de 12 000 fr. contre les trois faillites de ses débiteurs, dont l'une donnerait 50 pour 100, la seconde 25, et la troisième 25, il recevrait, en même temps, 50 pour 100 dans l'une, et 25 pour 100 dans chacune des deux autres.

Et cela, bien entendu, sans aucune déduction dans l'une de ce qu'il recevrait dans les autres; déduction, qui serait même impossible également dans chacune des trois, puisque nous supposons que les trois faillites sont liquidees le même jour, ou, si l'on veut, au même moment; de sorte que, au moment où chacune d'elles

paye son dividende, la créance existe encore, contre chacune d'elles, dans son intégralité.

Eh bien! s'il en serait ainsi dans le cas où les trois liquidations se trouveraient terminées au même moment, c'est donc que le droit est acquis au créancier, comme nous le disions, de se présenter, dans chacune d elles, pour la valeur nominale de son titre;

Et si ce droit lui est acquis, il ne se peut pas qu'il le perde, par suite des délais qu'exigent les formalités de ces liquidations; ni surtout par suite des lenteurs, qu'y pourraient apporter, par négligence ou par calcul, ceux-là qui sont chargés de les remplir.

Tout au contraire!

La règle est, en matière de faillite, que les droits de tous et de chacun sont désormais invariablement fixés, d'après le *statu quo*, au moment où la faillite a été déclarée, afin précisement que, pendant les délais inséparables des formalités à remplir, les uns ne puissent pas être favorisés aux dépens des autres, par le hasard, par la partialité ou par la fraude!

Cela est si vrai, en ce qui concerne particulièrement l'application de l'article 542, que la Cour de Rouen a décidé, avec raison, suivant nous, que le créancier, qui, *depuis* la faillite de deux de ses codébiteurs solidaires, a reçu un à-compte de son troisième codébiteur resté solvable, n'en a pas moins toujours le droit de se présenter aux deux faillites pour la valeur totale de son titre (27 avril 1861, Tennières, Dev., 1862, II, 121; comp. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 601).

Ajoutons enfin que le créancier doit d'autant plus, en effet, conserver son droit intégral dans toutes les faillites, qui se trouvent simultanément ouvertes, que celle qui a été ouverte la dernière, pourrait être liquidée la première, et que l'on ne voit pas comment cette faillite ouverte la dernière, quoique simultanément, pourrait pri-

ver le créancier du droit, qui lui était acquis dans celle qui a été ouverte la première.

Telle est, suivant nous, l'explication scientifique de la disposition de l'article 542 du Code de commerce.

335. — Cette explication annonce assez que nous ne croyons pas que l'on puisse appliquer l'article 542 du Code de commerce, au cas où les faillites des codébiteurs solidaires n'ont été déclarées que successivement, c'est-à-dire où les unes n'ont été déclarées qu'après que les autres étaient déjà liquidées (comp. *infra*, n° 337).

J'ai trois codébiteurs solidaires d'une somme de 12,000 francs, Pierre, Paul et Jacques.

Pierre seul fait d'abord faillite; et je reçois, dans cette masse, par suite de la liquidation, un dividende de 50 pour 100; soit 6000 francs.

Ce n'est qu'après cela, et lorsque j'ai reçu cette somme dans la faillite de Pierre, que Paul fait lui-même faillite.

Pour quelle somme puis-je maintenant m'y présenter?

Est-ce encore pour 12,000 francs, valeur nominale de mon titre?

Est-ce seulement pour 6000 francs, montant de ce qui me reste actuellement dû?

A notre avis, cette seconde solution est la seule vraie; et n'étant désormais créancier que de 6000 francs, je ne puis me présenter, dans cette seconde faillite, que pour cette somme.

Voilà, en effet, ce que décide textuellement l'article 544 du Code de commerce, en ces termes :

« Si le créancier porteur d'engagements solidaires entre le failli et d'autres coobligés a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa créance, il ne sera compris dans la masse que sous la déduction de cet à-compte, et conservera, pour ce qui lui restera dû, ses droits contre le coobligé ou la caution.

« Le coobligé ou la caution, qui aura fait le payement

partiel, sera compris dans la même masse pour tout ce qu'il aura payé à la décharge du failli. »

Nous devons dire, toutefois, que cette solution est controversée, et que d'éminents auteurs enseignent, même avec une grande fermeté, la solution contraire.

« L'article 544, dit Duranton, suppose que le payement partiel a été fait *en dehors de toute faillite;* il suppose même qu'il l'a été par un coobligé ou une caution, puisqu'il les admet à figurer dans la masse du failli, pour tout ce qu'ils ont payé à sa décharge. L'entendre autrement serait le mettre en contradiction avec l'article 542. *Ce dernier article ne suppose pas, en effet, que les faillites des divers coobligés solidairement éclatent toutes en même temps,* et que leur liquidation marche du même pas; cela est même impossible, pour ainsi dire; car il ne s'agit point d'une seule faillite d'associés en nom collectif. *Il statue, au contraire, dans la supposition qu'il y aura eu liquidation d'une première faillite,* distribution de deniers ou concordat avec le failli; et il autorise le créancier à se présenter *dans la seconde, dans la troisieme faillite,* avec son titre pour sa valeur nominale, jusqu'à parfait payement. Ainsi, ces mots de l'article 544 : « .... *a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa créance,...* » doivent être entendus *d'un à-compte reçu en dehors d'une distribution de deniers faite dans une autre faillite, ouverte avant ou après celle dont il s'agit, ou par suite d'un concordat...* » (T. XI, n° 229.)

M. Larombière ne s'exprime pas moins explicitement dans le même sens :

« Il nous semble qu'il est indifférent que *toutes les distributions par contribution, comme les faillites, se soient ouvertes en même temps ou successivement, en des temps divers et les unes après la clôture des autres.* Autrement, on retomberait dans les inconvénients d'un payement imparfait, ainsi que nous venons de le signaler. L'à-compte reçu ne saurait, en effet, valoir que comme dividende

alloué dans une distribution; or, la réception d'une somme quelconque, à ce titre, n'empêche point le créancier de figurer dans les autres distributions ou masses, pour la valeur intégrale de son titre; il peut toujours se présenter dans les distributions ultérieures pour cette valeur intégrale, puisque son droit est attaché, *non pas à la simultanéité de ses demandes en collocation, mais à la qualité même de dividende en laquelle il a reçu un premier à-compte...* » (T. II, art. 1204, n° 5.)

356. — Voilà ce que, pour notre part, nous ne croyons pas.

Et nous espérons, au contraire, pouvoir démontrer que le droit qui est accordé au créancier par l'article 542, est attaché à la simultanéité des faillites et de ses demandes en distribution dans chacune d'elles.

Cette démonstration résulte, suivant nous : — soit de l'origine historique de la disposition, que cet article n'a fait que reproduire ; — soit des textes mêmes de la loi ; — soit enfin, comme nous l'avons déjà remarqué, des principes généraux de la solidarité, combinés avec les principes particuliers de la faillite :

1° Il est certain d'abord que l'hypothèse de la simultanéité des faillites est la seule précisément sur laquelle s'agitait autrefois cette question, si célèbre dans l'ancien droit.

« Il n'y a rien de plus judicieux, disait Savary, que l'usage établi dans le commerce des lettres de change, *quand le tireur, l'accepteur et l'endosseur ont fait* TOUS TROIS *faillite*, que les porteurs de lettres doivent *opter* d'entrer dans l'un des contrats d'accommodement... » (Parère XIII.)

On se rappelle que Pothier, dans le passage que nous avons cité, ne prévoit aussi que le cas où TOUS *ceux qui sont débiteurs de la lettre de change, tant l'accepteur que le tireur et les endosseurs, ont fait banqueroute....* (*Traité du Contrat de change,* n° 160.)

2° Les articles mêmes du Code de commerce démontrent que telle est l'hypothèse que le législateur nouveau, à l'exemple de l'ancien droit, a seulement aussi en vue.

L'article 542 s'exprime en ces termes :

« Le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés, *qui sont en faillite*, participera aux distributions *dans toutes les masses*, et y figurera pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement. »

Est-ce que ce texte ne met pas en scène trois faillites à la fois et simultanément déclarées?

Évidemment oui!

L'article 543 est conçu dans le même esprit; il est lui-même la continuation de l'hypothèse de l'article 542, quand il ajoute que :

« Aucun recours, pour raison des dividendes payés, n'est ouvert *aux faillites des coobligés, les unes contre les autres....* »

Le motif essentiel, sur lequel cet article est fondé, prouve aussi, d'accord avec ses termes, qu'il ne peut s'entendre que de plusieurs faillites ouvertes simultanément.

Pourquoi, en effet, l'une des faillites des coobligés solidaires ne peut-elle pas exercer de recours contre les autres, pour les dividendes qu'elle a payés?

C'est parce qu'il est de principe qu'une même créance ne peut pas être présentée deux fois dans une même faillite.

Or le créancier, s'étant présenté, en même temps, dans toutes les faillites, pour la valeur totale de son titre, a ainsi absorbé, en même temps, le dividende donné par elles.

D'où il suit que l'une d'elles ne peut ensuite recourir contre les autres, parce que les autres, aussi bien qu'elle, ont payé la totalité de la creance *en monnaie de faillite*.

Mais il est clair que ce motif-là est inapplicable, dans

le cas où les diverses faillites ont été déclarées successivement, et lorsque les unes ne se sont ouvertes qu'après que les autres étaient clôturées !

Supposons, en effet, ceci :

Pierre et Paul sont codébiteurs solidaires, envers moi, d'une somme de 12 000 fr.

Mais Paul n'est, envers Pierre, que sa caution solidaire ; il n'a aucun intérêt à l'affaire ; et s'il me paye, il pourra exercer son recours, contre lui, pour la totalité de son avance, conformément à l'article 1216.

Paul tombe seul en faillite ; je me présente, bien entendu, pour la valeur nominale de mon titre ; et je reçois le dividende de 50 pour 100, que donne cette faillite, soit 6000 fr.

C'est après cela, c'est après que j'ai reçu ce dividende, que Pierre tombe lui-même en faillite.

Et alors la faillite de Paul, sa caution solidaire, à lui, et mon codébiteur solidaire, à moi, se présente, afin d'exercer un recours contre la faillite de Pierre, pour raison du dividende qu'elle m'a payé.

Qui voudrait soutenir que ce recours n'est pas fondé ?

La faillite de Paul, après m'avoir payé son dividende, avait évidemment le droit d'exercer un recours contre Pierre, qui était demeuré solvable ;

Or, Pierre, étant une fois devenu débiteur de ce recours, sa faillite postérieure n'a pas pu sans doute l'en libérer, ni enlever à la faillite de Paul la créance qui lui était acquise ;

Donc, la faillite de Paul, qui a été ouverte et liquidée la première, aura un recours contre la faillite de Pierre, qui ne s'est ouverte que postérieurement ;

Donc, l'article 542 est inapplicable au cas de deux faillites successives, qui n'ont pas existé simultanément.

La même déduction résulte, irrésistiblement aussi, de l'article 544, qui porte que :

« Si le créancier porteur d'engagements solidaires en-

tre le failli et d'autres coobligés, a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa créance, il ne sera compris dans la masse que sous déduction de cet à-compte, et conservera, pour ce qui lui restera dû, ses droits contre le coobligé ou la caution.

« Le coobligé ou la caution, qui aura fait le payement partiel, sera compris, dans la même masse, pour tout ce qu'il aura payé à la décharge du failli. »

Est-ce que ce texte n'est pas la consécration formelle de notre doctrine?

En 1865, j'ai reçu, dans la faillite de Paul, 6000 fr. sur les 12 000 fr. qui m'étaient dus solidairement par lui et par Pierre.

Quel est, après cela, le montant de ma créance?

Eh mais! évidemment, en cet état, il n'est plus que de 6000 fr.

Puis, voilà qu'aujourd'hui, en 1870, Pierre fait aussi faillite.

Et on prétend que, dans cette faillite, j'aurai le droit de me présenter comme créancier de 12 000 fr.!

Mais c'est la violation manifeste du texte même de l'article 544.

Et ce n'est pas la violation moins manifeste des principes les plus élémentaires du droit!

« *Je ne suis véritablement créancier que de ce qui m'est dû, et nullement de ce qui m'a déjà été payé...*, » disait Savary (*Traité des Contrats à la grosse*, chap. x, sect. 3).

Cela est de toute évidence!

L'excellent auteur faisait, il est vrai, un abus de ce principe, en l'appliquant à l'hypothèse de plusieurs faillites de coobligés solidaires simultanément ouvertes, dans lesquelles le créancier se présentait en même temps.

Mais, appliqué à l'hypothèse de plusieurs faillites successives, ouvertes et liquidées les unes après les autres, ce principe-là est tel, que nous n'y apercevons pas de réponse possible!

C'est vainement, suivant nous, que l'on veut répondre qu'il ne s'agit, dans l'article 544, que d'un à-compte reçu volontairement par le créancier, en dehors de toute faillite.

Cet article ne distingue pas.

Mais le créancier, en cas de faillite de l'un de ses codébiteurs, n'a pas consenti à la division de la dette! — Il n'a reçu d'ailleurs qu'un dividende, dans une contribution qui implique nécessairement insuffisance! — et enfin, s'il était obligé de faire, dans les faillites ouvertes successivement les unes après les autres, la déduction de ce qu'il a reçu dans les premières, il ne pourrait jamais arriver à un paiement intégral; ce qui nous ramènerait au système de Dupuys de la Serra et de Pothier, que précisément le législateur nouveau a voulu proscrire!

Toutes ces objections, si spécieuses qu'elles puissent paraître, ne sauraient, à notre avis, prévaloir sur ce fait accompli du paiement partiel, qui a diminué d'autant la créance et par suite duquel cette créance ne saurait plus être, en effet, en aucun cas ni envers qui que ce soit, que du montant réel de ce qui est seulement dû au créancier!

Est-ce qu'il se peut que la faillite postérieure d'un codébiteur change cet état accompli des choses! Est-ce qu'elle peut faire revivre la partie éteinte de la créance?

Non!

La faillite postérieure ne peut que prendre les choses dans l'état où elles se trouvent, au moment où elle s'ouvre; elle ne saurait rétroagir dans le passé ni restituer le créancier contre la réduction que sa créance a subie par le paiement du dividende, qui l'a éteinte, en partie, *erga omnes*!

Le créancier ne parviendra donc jamais à un paiement intégral?

Eh! mon Dieu! non, si vous supposez, comme nous le supposons, des faillites successives!

Est-ce donc si étonnant que les faillites imposent un sacrifice au créancier !

Est ce que, d'ailleurs, ce résultat ne se présenterait pas, dans tous les cas, en matière civile, si tous les codébiteurs étaient en déconfiture?

C'est la remarque de Bravard (t. V, p. 594).

Et elle est très-juste (*infra,* n° 339).

Et quand on objecte encore l'article 545 du Code de commerce, qui porte que :

« Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action *pour la totalité de leur créance,* contre les coobligés du failli. »

Nous répondons que tout ce qui en résulte, c'est que, en effet, la remise faite par le concordat à l'un des coobligés faillis, ne doit pas profiter aux autres, contre lesquels le créancier peut encore agir, à l'effet d'obtenir, malgré cette remise, la totalité de ce qui lui est encore dû.

Mais, apparemment, l'article ne veut pas dire que si j'ai reçu 6000 fr. par suite du concordat fait avec Primus failli, je pourrai encore demander 12000 fr. à Secundus !

Voilà les textes d'où il résulte littéralement, si nous ne nous trompons, que l'article 542 n'est applicable qu'à l'hypothèse de la simultanéité des faillites.

Et nous espérons avoir démontré également que les textes ainsi entendus sont parfaitement conformes aux principes.

La doctrine que nous venons de défendre est aussi celle de notre savant ami M. Feuguerolles, dans le Cours si substantiel de droit commercial qu'il professe à la Faculté de Caen.

337. — Quand nous disons qu'il faut, pour que l'article 542 du Code de commerce soit applicable, que les faillites des codébiteurs solidaires soient simultanées, notre pensée n'est pas, bien entendu, qu'il soit nécessaire

qu'elles aient été déclarées le même jour et en même temps !

Nous entendons par faillites simultanées toutes celles qui, bien que déclarées en des temps différents, l'une il y a six mois, par exemple, et l'autre hier, se trouvent en même temps en état de liquidation, et dans lesquelles, par conséquent, le créancier a, en même temps, le droit acquis de se présenter pour la valeur nominale de son titre (comp. *supra*, n° 334).

338. — Il n'est pas non plus indispensable, d'ailleurs, pour que l'article 542 doive recevoir son application, que tous les codébiteurs solidaires soient en faillite.

J'ai quatre codébiteurs solidaires.

En voici deux qui tombent en même temps en faillite, tandis que les deux autres restent à la tête de leurs affaires.

Puis-je réclamer l'application de l'article 542 dans les deux faillites, et me présenter dans chacune d'elles pour la valeur nominale de mon titre?

Assurément, oui!

L'explication que nous avons fournie de cet article a, par avance, démontré que les principes sur lesquels il repose, sont applicables dans tous les cas où les faillites de plusieurs codébiteurs sont simultanément ouvertes, lors même que d'autres codébiteurs ne seraient pas faillis.

« Attendu, dit fort justement la Cour de cassation, que ni le texte ni l'esprit de l'article 542 n'exigent, pour l'application de sa disposition, que les coobligés solidaires soient tous, sans exception, en état de faillite. » (24 juin 1851, Syndics Croquevielle, Dev., 1851, I, 561; comp. Demangeat sur Bravard-Veyrières, t. V, p. 600-601.)

339. — Nous voulons encore examiner, sur cette vaste thèse, un dernier point, qui, celui-ci ! appartient tout à fait à notre domaine et qui va nous y faire rentrer;

A savoir : si la disposition de l'article 542 du Code de commerce est applicable en matière civile, c'est-à-dire lorsque les codébiteurs solidaires se trouvent, simultanément, en déconfiture.

M. Larombière enseigne l'affirmative :

« Ces sages dispositions, dit-il, expression du droit commun, doivent être appliquées en matière civile ; elles ne sont, en effet, que la conséquence de ce principe que chaque coobligé solidaire est tenu de la totalité. Si le créancier ne figurait pas dans chaque distribution par contribution pour la valeur nominale de son titre, et si sa créance était diminuée successivement de chaque dividende alloué, il en résulterait que le créancier perdrait, dans tous les cas, une partie de sa créance, puisque, dans la dernière distribution, si avantageuse qu'elle fût, il n'arriverait jamais à un payement intégral et serait ainsi privé des garanties que lui donne la solidarité ; car, si chaque débiteur est réputé seul et unique débiteur du total, ce n'est évidemment que pour mieux assurer l'intégralité de son payement, au moyen de cette responsabilité réciproque et mutuelle des insolvabilités de la part des codébiteurs entre eux. » (T. II. art. 1204, n°s 5-6.)

Un passage de l'*Exposé des motifs* par M. Tarrible au Corps législatif, paraît, en effet, accréditer cette doctrine.

Voici comment l'orateur s'exprimait sur le projet de l'article 534 (ancien Code de commerce), devenu notre article 542 :

« Je n'ai point parlé *du droit qu'a le créancier porteur d'un engagement de plusieurs coobligés solidaires et faillis, de participer aux distributions de toutes les masses jusqu'à son parfait payement ;* — ni de l'obligation imposée au créancier nanti d'un gage de souffrir qu'il soit vendu ou retiré, et de se contenter du recouvrement de sa créance sur le prix, s'il est suffisant;— ni du droit qu'à la caution de s'identifier avec le créancier, qu'elle a payé. — *Toutes ces dispositions, puisées dans les principes élémentaires e*

immuables du droit civil, s'appliquent à toutes les matières et à tous les cas.... » (Locré, *Législ. civ., commerc. et crim.*, t. XIX, p. 593.)

340. — Mais, si considérables que soient ces autorités, notre avis est, au contraire, que la disposition de l'article 542 du Code de commerce est inapplicable en matière civile.

J'ai deux codébiteurs solidaires d'une somme de 12 000 fr., Pierre et Paul.

Ils deviennent insolvables en même temps; et les voilà tous les deux en déconfiture.

Eh bien! nous maintenons que, après avoir reçu de Pierre, dans la distribution par contribution du prix de ses biens, 50 pour 100, moitié de ma créance, je ne pourrai plus demander à Paul que l'autre moitié, savoir : 6000 fr.

1° *Historiquement* d'abord, cette doctrine nous paraît être la seule vraie; car, dans notre ancien droit, où la thèse, que nous venons d'agiter, joue un si grand rôle, où est-ce qu'on la trouve?

Toujours dans les livres qui traitent des matières commerciales : dans les *Parères* de Savary, l'un des auteurs de l'Ordonnance de 1673 sur le commerce; — dans *le Traité des lettres de change*, de Dupuys de la Serra; — et quand Pothier s'en occupe, ce n'est pas dans son *Traité des Obligations*, c'est dans son *Traité du contrat de Change*. (Comp. *supra*, n° 328.)

2° *Textuellement*, c'est aussi dans le Code de commerce que le législateur nouveau a consacré, par l'article 542, le troisième système, tel qu'il avait fini par prévaloir en matière commerciale.

3° Enfin, *juridiquement*, le motif essentiel, qui sert de base à ce système, doit, en effet, suivant nous, en restreindre l'application aux faillites.

Ce motif, avons-nous dit, c'est que, dès le moment où chacune des faillites est déclarée, le créancier acquiert

le droit à la somme qu'elle pourra payer, après l'accomplissement des formalités de la liquidation ; c'est, en un mot, que dès ce moment, les droits de chacun sont irrévocablement fixés.

Or, la déconfiture n'a été, dans le Code Napoléon, l'objet d'aucune organisation semblable; la déconfiture, c'est purement et simplement l'insolvabilité ;

Donc, le créancier, qui a reçu la moitié de sa créance de l'un des codébiteurs, ne saurait ensuite demander le payement du total à l'autre.

« *Je ne puis être créancier que de ce qui m'est dû, et nullement de ce qui m'a déjà été payé.* » (Comp. Savary, *supra*, n° 336.)

Le voilà, le principe *élémentaire et immuable du droit civil!*

Et, malgré le respect que nous inspire la science incontestable de l'auteur de l'Exposé des motifs au Corps législatif, nous croyons qu'il est permis de dire que sa pensée ne s'est pas suffisamment arrêtée à l'objection décisive que soulève sa proposition.

341. — II. — Nous venons d'examiner les effets de la solidarité entre les débiteurs, qui résultent de notre première règle : que chacun d'eux doit le tout. (*Supra*, n° 312.)

Examinons maintenant les effets qui résultent de notre seconde règle : que les codébiteurs solidaires exercent, réciproquement, le rôle de mandants et de mandataires, envers le créancier. (*Supra*, n° 311.)

Quelle est l'étendue de ce mandat?

D'après une formule devenue célèbre, dont nous allons montrer l'origine, et que nous nous réservons d'apprécier, les codébiteurs solidaires sont mandataires les uns des autres à l'effet de perpétuer l'obligation.... *ad perpetuandam obligationem*, mais non pas à l'effet de l'augmenter.... *non ad augendam obligationem.*

Les auteurs du Code ont certainement adopté cette théorie; et ils en ont fait trois applications spéciales :

1° La première, dans l'article 1205, aux risques de la chose qui fait la matière de l'obligation;

2° La seconde, dans l'article 1207, aux intérêts moratoires;

3° La troisième, dans l'article 1206, à l'interruption de la prescription.

342. — 1° L'article 1205 est ainsi conçu :

« Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages-intérêts.

« Le créancier peut seulement répéter les dommages-intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure. »

Pierre et Paul m'ont conjointement emprunté un cheval.

Ils en sont donc solidairement responsables envers moi (art. 1887).

Le cheval périt par la faute ou pendant la demeure de Pierre. (Ajoutons : ou par son fait, art. 1245; Pothier, n° 279; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 550.)

Et j'en éprouve une double perte :

1° Une perte intrinsèque, qui est celle de la valeur du cheval : soit 1000 francs ;

2° Une perte extrinsèque, qui résulte de ce que, n'ayant pas pu me procurer un autre cheval, j'ai manqué un voyage que je devais faire; ou de ce que le cheval que j'ai acheté pour remplacer le mien, m'a coûté, par suite de l'élévation du prix des chevaux à cette époque, une somme de 1500 francs.

En cet état, quel est mon droit soit contre Pierre, soit contre Paul?

Contre Pierre, c'est bien simple! et certainement, lui, par le fait duquel le cheval a péri, ou qui était en

demeure, il me doit l'entière réparation de la double perte que j'ai éprouvée.

C'est le droit commun.

Mais contre Paul, à qui je ne puis reprocher ni faute, ni fait, ni demeure, que puis-je demander?

Si Paul n'était pas débiteur solidaire, il serait entièrement libéré; la faute, le fait ou la demeure de Pierre serait, en effet, en ce qui le concerne, à considérer comme un cas fortuit (art. 1302).

Et il n'est pas inutile de signaler, en passant, cette différence notable, quant à la question des risques, entre l'obligation simplement conjointe, et l'obligation solidaire.

Mais Paul n'est pas un simple codébiteur conjoint; il est un débiteur solidaire.

Quel est donc, relativement à la perte de la chose, l'effet de la solidarité?

L'article 1205 répond, comme on voit, par une distinction :

Paul me doit le prix de la chose; à ce point de vue, il est responsable du fait de Pierre;

Il ne me doit pas les dommages-intérêts; à ce point de vue, il n'en est pas responsable.

Le texte est formel.

Mais quel en est le motif juridique?

Nous croyons qu'il serait plus facile de l'expliquer historiquement que théoriquement.

345. — Les jurisconsultes romains semblaient n'être pas d'accord sur la responsabilité, qui devait lier les *correi promittendi* les uns envers les autres.

Pomponius disait :

« .... *Alterius factum alteri quoque nocet.* » (L. 18 ff. *De duob. reis.*)

Tandis que Marcien, de son côté, disait :

« .... *Alterius mora alteri non nocet.* » (L. 32, § 4, ff. *De Usuris*; ajout. Paul, L. 173, § 2, ff. *De Reg. juris.*)

Comment les concilier?

Dumoulin entreprit d'y parvenir, au moyen précisément de la distinction qui est devenue traditionnelle dans cette matière.

Et cette distinction, il l'appliqua, en effet, au cas que prévoit la loi 18, où l'obligation corréale a pour objet un corps certain qui a péri par le fait ou pendant la demeure de l'un des *correi,* sans le fait ni la demeure de l'autre.

Soient deux débiteurs, *correi promittendi*, d'un cheval ou d'une maison ; l'un d'eux, par sa faute, a tué le cheval ou incendié la maison.

« .... Nocet consorti ut teneatur, qui non fuit in culpa nec mora, *sed ad communem æstimationem tantum, et sic conservando, non autem augendo obligationem;* ita ut insons non consequatur lucrum ex culpa vel mora consortis, sed etiam ne consequatur damnum. *Ideo non tenebitur quanti plurimi nec ad interesse extrinsecum, ad quod occisor vel culposus ipse tenetur....* »

Ainsi le fait ou la demeure du codébiteur *occisor vel culposus* nuit au codébiteur *insons,* en ce sens qu'il continuera d'être tenu .... *usque ad metas et æstimationem obligationis principalis etiam in solidum.*

Telle est, d'après Dumoulin, la solution de Pomponius, dans la loi 18.

Mais il ne lui nuit pas en ce sens, que le codébiteur *insons* n'est pas tenu *quoad accessiones sive usuras, sive quanti plurimi vel interesse extrinseci....* (*Divid. et individ.*, part. III, n° 126-127.)

Telle est la solution de Marcien dans la loi 32, § 4.

Voilà l'origine de la règle ancienne, que le fait ou la demeure de l'un des débiteurs solidaires nuit aux autres codébiteurs, *ad perpetuandam obligationem;* mais qu'il ne leur nuit pas *ad augendam obligationem.*

Cette règle, imaginée par Dumoulin, afin de parvenir à la conciliation de deux lois romaines, lui a été empruntée par Pothier (n° 273).

Et c'est du *Traité des Obligations* de Pothier, qu'elle a passé dans notre Code, où l'article 1205 la reproduit.

344. — Plusieurs jurisconsultes paraissent s'en montrer satisfaits, et la représentent comme une conséquence logique des principes de la solidarité. (Comp. Toullier, t. III, n° 729; Duranton, t. XI, n° 218; Larombière, t. II, art. 1205, n° 1.)

Tel n'est pas notre sentiment; et la disposition de l'article 1205 soulève, au contraire, suivant nous, les objections les plus sérieuses.

L'espace nous manquerait pour apprécier ici la distinction de Dumoulin comme interprétation des textes du Digeste qu'il a voulu concilier. Qu'il nous suffise de dire que cette conciliation, un peu divinatoire, est aujourd'hui rejetée par nos meilleurs romanistes; M. Demangeat notamment a bien démontré (p. 379 et suiv.) qu'elle n'a *aucune espèce de valeur*, et qu'il faut expliquer les deux textes de Pomponius et de Marcien, au moyen de la différence que les jurisconsultes romains faisaient entre *la faute*, dont les *correi promittendi* étaient mutuellement responsables, d'après la loi 18 (*De duobus reis*), et la *demeure*, dont ils n'étaient pas mutuellement responsables, d'après la loi 32 (*De Usuris*).

Mais c'est au point de vue de la logique du droit et de la vraisemblable intention des parties, que nous voulons examiner la distinction que notre article 1205 consacre; et sous ce rapport, il nous paraît permis de dire qu'elle n'est pas satisfaisante.

En ce qui concerne d'abord *le fait* de l'un des codébiteurs solidaires, de deux choses l'une :

Ou ses codébiteurs en sont responsables, parce que le fait de l'un est à considérer comme le fait de l'autre, qui s'en est porté garant; et alors, ils devraient en être responsables tout autant que celui des codebiteurs qui l'a commis; non-seulement donc des conséquences immédiates et intrinsèques, c'est-à-dire de la valeur de

la chose, qui a péri, mais encore des conséquences médiates et extrinsèques, c'est-à-dire des dommages-intérêts qui peuvent être dus au créancier;

Ou, au contraire, les autres codébiteurs ne sont pas responsables du fait de leur codébiteur, qui est, en ce qui les concerne, à considérer comme un cas fortuit; et alors, ils ne devraient être responsables d'aucune des conséquences de ce fait, pas plus des unes que des autres!

La distinction semble donc illogique; et elle soulève encore une autre critique non moins fondée, dans sa première partie.

Est-ce qu'il est, en effet, exact de prétendre, lorsqu'on oblige les autres codébiteurs *à payer le prix de la chose* qui a péri par le fait de l'un d'eux, qu'on se borne à *conserver* et à *perpétuer*, relativement à eux, l'obligation primitive, telle qu'ils l'ont contractée?

Non sans doute!

Il est manifeste qu'on *l'augmente* et qu'on *l'aggrave*, puisque les voilà obligés de payer une somme d'argent, au lieu du corps certain qu'ils s'étaient obligés de payer; or, il peut arriver et il arrivera même souvent que cette obligation nouvelle et différente leur sera plus onéreuse que la première, qui se bornait, de leur part, à la simple délivrance d'un corps certain qui était dans leurs mains!

Ce que nous venons de dire *du fait*, n'est pas moins vrai de la *demeure*.

Dès là que le législateur admet que la demeure individuelle de l'un des codébiteurs solidaires ne doit point nuire aux autres codébiteurs, qui ne sont point en demeure, à l'effet de leur imposer l'obligation de payer des dommages-intérêts au créancier, pour raison de la perte de la chose; comment peut-il admettre qu'elle leur nuise, à l'effet de leur imposer l'obligation de payer le prix de la chose elle-même?

On aurait pu dire sans doute que la demeure de l'un

des codébiteurs entraînait la demeure des autres; l'article 1205, ainsi fait, se serait même trouvé en harmonie avec les articles 1206 et 1207, qui disposent que l'interpellation adressée par le créancier à l'un d'eux, est aussi adressée aux autres; et alors, les autres, constitués aussi en demeure, auraient dû également les dommages-intérêts!

Mais on ne l'a pas dit; tout au contraire! l'article 1205 admet que la demeure peut être individuelle et que l'interpellation adressée à l'un, n'est pas réputée adressée aux autres, en ce qui concerne la perte de la chose causée par l'un d'eux.

Mais alors pourquoi rendre responsables, même seulement du prix de la chose, ces codébiteurs, qui, d'après la loi elle-même, ne sont pas personnellement en demeure et auxquels on ne peut imputer l'inexécution de l'obligation!

Le moyen terme, que notre Code a adopté, ne nous paraît donc pas rationnel. Dumoulin, dont la préoccupation était d'arriver, quand même! à la conciliation d'une antinomie romaine, ne semble pas s'être aperçu de l'antinomie bien autrement grave qu'il élevait lui-même dans les principes du droit.

Pothier, à son tour, a recueilli, sans un suffisant examen, cette doctrine; et c'est aussi *de confiance*, dit fort bien M. Colmet de Santerre (t. V, n° 139 *bis*), que le législateur de 1804 l'a consacrée.

Mais il y a là évidemment deux idées inconciliables, entre lesquelles il fallait choisir.

Laquelle devait être préférée?

Nous croyons qu'il aurait été plus conforme aux principes de la solidarité et à l'intention des parties, de décider que les codébiteurs solidaires seraient mutuellement responsables de toutes les conséquences de la faute ou de la demeure de l'un d'eux.

C'est ainsi que la caution est responsable de l'inexé-

cution de l'obligation, de la part du débiteur principal, et qu'elle répond, autant que lui, de toutes les conséquences qui s'ensuivent, lors même qu'elles sont de nature à augmenter l'obligation primitive. (Art. 2016.)

Nous savons bien la différence que l'on pourrait signaler entre le cautionnement et la solidarité, et que l'on a répondu, en effet, que, tandis que le cautionnement est une obligation purement accessoire qui se modèle sur la condition du débiteur principal, et qui s'augmente nécessairement de toutes les aggravations qui s'y ajoutent; la solidarité constitue, au contraire, pour chacun des codébiteurs, une obligation personnelle directe et également principale. (Comp. aussi Larombière, t. II, art. 1205, n° I.)

Sans nier ce qu'il y a de sérieux dans cette analyse de l'un et de l'autre engagement, nous persistons à penser que la différence, qui les distingue, ne pouvait faire aucun obstacle à ce que le codébiteur solidaire encourût, envers le créancier, la responsabilité totale de l'inexécution de l'obligation, résultant du fait ou de la demeure de son codébiteur.

Est-ce que, en effet, ils n'ont pas tous répondu, pour le tout, de l'exécution de l'obligation, les uns à défaut des autres, ou plutôt les uns pour les autres!

Et les dommages-intérêts extrinsèques, auxquels le créancier a droit, indépendamment du prix de la chose, qui a péri par le fait ou pendant la demeure de l'un d'eux, que sont-ils eux-mêmes, si ce n'est un équivalent de l'exécution de l'obligation, dont le but est de mettre le créancier au même état que si elle avait été exécutée!

Or, n'est-ce pas cette responsabilité complète, de chacun d'eux, pour le tout, que le créancier se propose d'obtenir en stipulant la solidarité; d'obtenir, disons-nous, non moins énergiquement certes, qu'en stipulant un cautionnement! (Comp. *infra*, n° 348.)

345. — Au reste, la distinction faite par l'article 1205,

entre la responsabilité qui perpétue seulement l'obligation, et la responsabilité, qui l'augmente, n'est pas applicable, lorsqu'il y a, dans la convention, une clause pénale pour le cas de destruction de la chose ou pour le cas de demeure.

J'ai prêté mon cheval à Pierre et à Paul ; et j'ai stipulé qu'il me serait payé 500 fr., à titre de dommages-intérêts, s'il ne m'était pas rendu tel jour. (Art. 1152.)

Le cheval périt par la faute ou pendant la demeure de l'un d'eux.

Eh bien ! alors, je puis demander le prix de la chose et le montant de la clause pénale, non-seulement à celui qui est en faute ou en demeure, mais encore à celui qui n'est ni en demeure ni en faute.

C'est Dumoulin lui-même qui a modifié sa règle par cette exception ; et il en donnait ce motif :

« Hoc casu insons magis ad pœnam tenetur ex conditione stipulationis quæ extat, tanquam ex causâ propinquâ et immediatâ, quam ex facto consortis. » (*Div. et indiv.*, Part. III, n° 127.)

Pothier admit l'exception, avec la règle. (N° 273.)

Et c'est là encore, dans notre droit moderne, une proposition généralement reconnue.

Les rédacteurs du Code ne l'ont pas, il est vrai, consacrée dans la section *des Obligations solidaires.*

Mais on la trouve dans la section des *Obligations divisibles et indivisibles*, où l'article 1232 est ainsi conçu :

« Lorsque l'obligation primitive contractée sous une clause pénale est d'une chose indivisible, *la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur ;* et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui, qui a fait encourir la peine. »

S'il en est ainsi dans le cas d'une obligation indivi-

sible, qui n'implique aucune responsabilité mutuelle des codébiteurs, à plus forte raison la disposition de cet article doit-elle être appliquée dans le cas d'une obligation solidaire, qui place les codébiteurs dans les liens d'une responsabilité réciproque, envers le créancier.

Aussi, devons-nous dire, en effet, que la peine devient exigible contre tous les codébiteurs par la contravention d'un seul, et exigible même, pour le tout, contre chacun d'eux!

Par quel motif?

Parce que, dit-on, la clause pénale ne constitue pas une obligation nouvelle, qui s'ajoute, par surcroît, à l'obligation primitive, comme celle qui résulte du fait ou de la demeure de l'un des codébiteurs, dans le cas où les dommages-intérêts n'ont pas été d'avance stipulés à forfait.

La clause pénale est une obligation conditionnelle, contemporaine de l'obligation primitive; de sorte que les codébiteurs, en donnant leur consentement à l'une, ont, en même temps, donné leur consentement à l'autre; c'est-à-dire qu'ils ont consenti à l'augmentation, que le fait ou la demeure de l'un pourrait ajouter, pour tous, à l'obligation commune.

Et ce fait, ou cette demeure, n'est plus désormais que l'événement, par suite duquel s'accomplit la condition à laquelle était subordonnée l'obligation accessoire.... *ex conditione stipulationis.*

Cette explication de Dumoulin est celle que l'on trouve encore partout dans nos livres.

Mais est-elle bien satisfaisante?

Il nous est difficile de le penser.

Et notre avis est même que la manière dont l'exception est motivée, devient un argument de plus contre la règle!

Est-ce que, en effet, il est exact de dire que les dommages-intérêts constituent une obligation nouvelle, à la-

quelle les débiteurs n'ont pas davance consenti, lorsque la convention ne renferme pas une clause pénale!

Mais pas du tout!

Les dommages-intérêts sont dus au créancier, précisément en vertu de la convention primitive, par laquelle le débiteur s'oblige d'abord à exécuter l'obligation, qu'il contracte, et subsidiairement à payer des dommages-intérêts, en cas d'inexécution! (Comp. le t. I de ce *Traité*, n° 575.)

Quoi qu'il en soit, il est admis que l'article 1205 reçoit exception, dans le cas où une clause pénale a été stipulée. (Comp. Duranton, t. XI, n° 371; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 22; Colmet de Santerre, t. V, n° 139 *bis*, II; Larombière, t. II, art. 1205, n° 5.)

546. — Mais il résulte de l'article 1232 lui-même que les débiteurs non contrevenants ont un recours contre celui d'entre eux, dont la contravention leur a fait encourir la peine?

Il est bien juste que celui qui est en faute, ou en demeure, en supporte seul les conséquences!

547. — Aussi, faut-il admettre ce recours, dans le cas même de l'article 1205, où, en l'absence de toute clause penale, les codébiteurs, qui ne sont ni en faute ni en demeure, sont tenus seulement, par suite de la faute ou de la demeure de l'un d'eux, de payer au créancier le prix de la chose, qui a péri.

Sous ce point de vue, et en ce qui concerne les relations des codébiteurs entre eux, il n'y a aucun motif pour distinguer entre le cas où une clause pénale a été stipulée, et le cas contraire.

Le principe est, en effet, toujours le même, à savoir : que celui-là seul, qui est en faute ou en demeure, doit seul aussi en porter la peine, et que son fait personnel ou sa demeure, est, à l'égard des autres, dans ses rapports avec lui, un cas fortuit, qui doit produire leur libération, aux termes de l'article 1302.

Si donc, j'avais vendu solidairement avec Paul, une chose à Pierre, et que Paul la fît périr, avant qu'elle fût livrée, je ne serais pas libéré, envers Pierre, de mon obligation de vendeur; et certainement, je ne pourrais pas lui demander une part dans le prix, si je ne l'avais pas encore reçue, ni la garder, si je l'avais déjà reçue.

Mais je serais libéré, en ce qui concerne Paul, mon covendeur; et je pourrais lui demander :

1° La part qui devait me revenir dans le prix, et que, par sa faute, je ne puis plus obtenir de l'acheteur;

2° Et même, s'il y avait lieu, des dommages-intérêts. (Comp. Pothier, n° 273; Larombière, t. II, art. 1205, n° 6.)

348. — Est-il besoin d'ajouter que le créancier pourrait, indépendamment même de toute clause pénale, stipuler que tous les codébiteurs seront réciproquement responsables du fait ou de la demeure les uns des autres, non-seulement en ce qui concerne le montant de l'obligation principale, mais aussi en ce qui concerne les dommages-intérêts qni pourraient lui être dus?

C'est là, en effet, une convention qui n'a rien d'illicite, et qui ferait la loi des parties!

Et alors, chacun des codébiteurs serait tenu, pour le tout, envers le créancier, du montant des dommages-intérêts aussi bien que du montant de l'obligation principale.

Mais ce qu'il faut ajouter, c'est que celui d'entre eux qui aurait fait cette double avance, pourrait exercer son recours pour l'une comme pour l'autre, c'est-à-dire pour les dommages-intérêts accessoires aussi bien que pour la valeur principale de la chose, contre chacun de ses codébiteurs pour sa part et portion (art. 1213, 1214);

Sauf, après cela, pour chacun d'eux, le droit d'exercer son recours, pour la portion qu'il aurait payée, contre celui des codébiteurs par la faute ou pendant la

demeure duquel la chose aurait péri, et qui doit supporter seul définitivement toutes les conséquences de l'inexécution de l'obligation.

Mais cela ne fait-il pas bien des recours et bien des circuits d'actions?

Il est vrai!

Et peut-être l'inconvénient pratique, qui en résulte, pourrait-il fournir un moyen de défense contre les critiques, que tout à l'heure nous avons cru pouvoir adresser à la disposition de l'article 1205, qui concentre dans la personne du codébiteur *culposus*, l'obligation des dommages-intérêts, et par suite l'action du créancier! (*Supra*, n° 344.)

Oui, sans doute, il serait plus simple et plus court de dire au créancier qu'il n'a d'action, pour ses dommages-intérêts, que contre le débiteur seulement auquel l'inexécution est imputable.

Mais s'il est insolvable, ce débiteur, ce serait donc le créancier qui supporterait la perte!

Et la solidarité alors, et la garantie que le créancier s'en était promise, que deviendraient-elles?

349. — 2° Aux termes de l'article 1207 :

« La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires, fait courir les intérêts à l'égard de tous. »

Mais comment donc?

Est-ce que cette disposition n'est pas en contradiction avec la règle qui fait l'objet de notre étude, et d'après laquelle les debiteurs se représentent les uns les autres envers le créancier, seulement pour perpétuer l'obligation, et non pas pour l'augmenter?

Les intérêts *moratoires* d'une dette d'argent sont dus, en effet (leur dénomination même l'indique), par suite de la demeure du débiteur, *ex mora,* à titre de dommages-intérêts (art. 1153); et ils constituent évidemment une augmentation de l'obligation primitive.

D'où il suit que la demeure individuelle de l'un a pour résultat d'aggraver, dans ce cas, l'obligation des autres, qui n'ont pas été mis en demeure, et qui se trouvent ainsi avoir été représentés par leur codébiteur, envers le créancier, *ad augendam obligationem!*

Cette déduction, il faut bien le reconnaître, procède logiquement.

Aussi, la disposition qui est écrite dans l'article 1207, ne se trouvait-elle :

Ni en droit romain (L. 32, § 4, ff. *de Usuris*);

Ni dans notre ancien droit. (Dumoulin, *Div. et indiv.*, Part. III, n° 126; Pothier, n° 273.)

Et, d'après les traditions, la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs ne faisait pas courir les intérêts contre les autres.

C'est donc une innovation que le législateur du Code a introduite dans cette matière; et la plupart des auteurs la signalent, en effet, comme une exception à la distinction de Dumoulin et de Pothier.

Pourquoi cette exception?

Plusieurs ont pensé que le législateur nouveau a pu être amené à l'établir par suite d'une assimilation entre les effets de l'interruption de la prescription et les effets de la mise en demeure nécessaire pour faire courir les intérêts moratoires. (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, p. 24.)

Mais ils reconnaissent eux-mêmes (ce qui est incontestable!) que cette assimilation est fausse; car, si le même acte peut interrompre la prescription et faire courir les intérêts, il n'y en a pas moins toujours, entre les deux effets, qu'il produit, cette différence capitale, au point de vue qui nous occupe, que l'un, l'acte interruptif de la prescription, ne fait que conserver et perpétuer l'obligation; tandis que l'autre, la demande d'intérêts, l'augmente, au contraire, et l'aggrave!

Le législateur, dans l'article 1207, n'a-t-il pas été in-

spiré plutôt par le désir d'éviter les frais, en dispensant le créancier, pour faire courir les intérêts contre tous ses debiteurs, de former des demandes individuelles contre chacun d'eux?

C'est là certainement un résultat pratique de sa disposition, dont nous nous plaisons à signaler l'avantage. Mais il est permis de douter que les auteurs du Code, en rédigeant l'article 1207, se soient proposé de l'obtenir. Est-ce qu'ils ont été préoccupés de cette économie de frais, dans l'article 1205? pas du tout, puisqu'ils obligent le créancier à mettre tous ses débiteurs en demeure, s'il veut obtenir contre tous des dommages intérêts, à raison de la perte de la chose survenue pendant la demeure de l'un d'eux!

Il y a une autre explication, plus juridique, suivant nous, de la disposition de l'article 1207, et qui, loin de la présenter comme une dérogation à la distinction ancienne, l'y fait, au contraire, rentrer.

Cette explication consiste à dire que la loi elle-même, ayant tarifé d'avance à un certain taux, par une sorte de clause pénale tacite, les dommages-intérêts résultant du retard dans le payement d'une somme d'argent (art. 1153), les intérêts sont dus alors, en effet, comme dans le cas d'une clause pénale expresse, en vertu de la convention primitive des codébiteurs, qui ont d'avance consenti à cette augmentation éventuelle de la dette, pour le cas où la demeure de l'un d'eux ferait accomplir, contre tous, la condition sous laquelle ils s'y sont tous obligés. (Comp. Larombière, t. II, art. 1207, n° 1; Colmet de Santerre, t. V, n° 141 *bis*, I; Demangeat, *des Obligat. solid. en droit romain*, p. 381, note 1.)

Cette disposition nous paraît d'ailleurs aussi conforme au principe fondamental de la solidarité :

Un seul pour tous!

C'est-à-dire que le créancier, qui stipule la solidarité, se propose précisément cet avantage, que ce qu'il fera

contre l'un de ses débiteurs, sera censé fait contre les autres! (Comp. *supra*, n° 344.)

350. — La *demande* d'intérêts,... dit l'article 1207.

Et si une sommation suffisait, comme il arrive quelquefois qu'elle suffit, pour faire courir les intérêts, produirait-elle, en matière de solidarité, le même effet que la demande?

Assurément oui!

Si l'article 1207 s'est servi du mot : *demande*, c'est que telle est la règle générale que les intérêts d'une somme d'argent ne sont dus qu'en vertu d'une demande (art. 1153).

Mais le motif essentiel de la loi exige que la disposition de l'article 1207 soit appliquée à tout acte, par suite duquel le créancier peut faire courir les intérêts contre l'un des débiteurs solidaires.

C'est dans ce sens large que le mot : *demande*, doit être entendu.

351. — Voilà pourquoi nous pensons que la *convention* produirait le même effet que la demande ou la sommation.

Car les intérêts moratoires peuvent aussi courir en vertu d'une convention passée entre le créancier et le débiteur (art. 1153, 1154; comp. le t. I de ce Traité, n° 635).

« Une pareille convention, dit fort bien M. Larombière, n'a d'autre résultat que de prévenir ou de reconnaître les effets de la demande d'intérêts, sans dommage pour personne. » (T. II, art. 1207, n° 5.)

Ou plutôt même, ajouterons-nous, avec avantage pour tous, puisqu'elle évite des frais.

C'est ainsi que la reconnaissance de l'un des débiteurs interrompt la prescription, aussi bien qu'une demande interruptive émanée du créancier (comp. *infra*, n° 356).

352. — Supposons pourtant ceci :

Pierre, Paul et Jacques me doivent solidairement 12 000 fr., sous des modalités différentes :

La dette de Pierre est exigible;

Tandis que la dette de Paul est à terme;

Et la dette de Jacques, sous une condition suspensive.

La demande d'intérêts que je forme, en cet état, contre Pierre, fera-t-elle courir aussi les intérêts contre Paul et contre Jacques?

Qu'elle ne puisse pas les faire courir contre eux, de manière à les rendre exigibles, dès avant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition, cela est d'évidence! (Art. 1168, 1185.)

Mais voici le terme échu ou la condition accomplie.

Deux questions alors s'élèvent :

a. Les intérêts vont-ils courir contre Paul et contre Jacques, sans une nouvelle demande, et en vertu de la demande formée antérieurement contre Pierre?

b. A compter de quel jour ces intérêts courront-ils contre eux?

353. — *a*. Sur la première question, il faut, croyons-nous, répondre que la demande d'intérêts, formée antérieurement contre Pierre, suffira pour faire courir les intérêts contre Paul et contre Jacques, après l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition.

Ils sont codébiteurs solidaires; et l'effet de la solidarité, que l'article 1207 consacre, leur est, en conséquence, applicable. Il est vrai que cet effet était, pour ainsi dire, paralysé, tant que le terme n'était pas échu ou que la condition n'était pas accomplie; mais à présent que la dette commune est devenue exigible, à l'égard de tous, aucun obstacle ne s'oppose à ce que la demande, qui a été formée contre l'un, produise aussi son effet contre les autres. (Comp. Rodière, n° 92; Marcadé, art. 1207; Colmet de Santerre, t. V, n° 141 *bis*, II; Larombière, t. II, art. 1207, n° 4.)

354. — *b*. Mais ces intérêts, à compter de quel jour Paul et Jacques les devront-ils?

Est-ce rétroactivement, à compter de la demande formée par moi contre Pierre?

Est-ce seulement à compter de l'échéance du terme ou de l'accomplissement de la condition?

Il faut, suivant nous, répondre qu'ils ne les devront qu'à compter de cette dernière époque.

Ce n'est pas que nous prétendions qu'il serait excessif de décider que les intérêts auront couru, contre eux, dès le jour de la demande qui a été formée contre leur codébiteur. Il est vrai qu'ils n'étaient pas personnellement en demeure, et qu'ils n'y pouvaient même pas être avant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition; aussi n'est-ce pas à raison de leur demeure personnelle qu'ils pourraient être tenus des intérêts. Mais on concevrait qu'ils en fussent tenus, à raison de la demeure de leur codébiteur, de cette demeure dont ils ont consenti à répondre envers le créancier. C'est ainsi qu'une caution conditionnelle ou à terme répond des conséquences de la demeure du débiteur principal, une fois le terme échu ou la condition accomplie.

Et néanmoins, tout en reconnaissant la gravité de cette argumentation, nous persistons à croire que les intérêts ne sont dus par les codébiteurs solidaires qu'à compter de l'échéance du terme ou de l'accomplissement de la condition.

Chacun d'eux, à la différence de la simple caution, est, en effet, débiteur direct et principal envers le créancier; et c'est, dès lors, directement et principalement, entre chacun d'eux et le créancier, que doit être mesurée la portée de son engagement.

La question ramenée à ces termes, ne consiste plus qu'à interpréter la volonté vraisemblable des parties, d'autant plus que nous avons fondé la disposition de l'article 1207 sur une stipulation tacite de clause pénale, émanant de leur volonté (*supra*, n° 349).

Or, n'est-il pas naturel et équitable de présumer que

leur commune intention a été de ne pas faire encourir la clause pénale à celle des parties, qui non-seulement n'a pas été mise en demeure, mais qui ne pouvait même y être mise, d'après le caractère de sa propre obligation?

555. — 3° Voici enfin, dans l'article 1206, la troisième application de l'ancienne distinction de Dumoulin et de Pothier :

« Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous. »

C'est bien là, en effet, une application topique de la règle, d'après laquelle les codébiteurs sont réciproquement mandants et mandataïres les uns des autres, *ad perpetuandam obligationem*.

Aussi, cette application est-elle aussi traditionnelle que la règle elle-même.

Justinien l'avait posée dans la loi 5 au Code, *de Duobus reis*, à laquelle Pothier l'a empruntée (n° 279).

556. — Ce que l'article 1206 decide *des poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires* est d'ailleurs également vrai *de la reconnaissance* faite par l'un d'eux. « .... *vel quibusdam ex debitoribus debitum agnoscentibus.* » (L. 2, *supra cit.*; art. 2249.)

557. — Nous supposons, bien entendu, que la prescription n'était pas encore acquise!

Dans le cas contraire, en effet, il ne saurait dépendre de l'un des codébiteurs de sacrifier le droit des autres, et de renoncer à une prescription accomplie, qui, en éteignant la dette commune, a éteint le mandat, en vertu duquel les codébiteurs se représentaient réciproquement envers le créancier. (Arg. de l'art. 2225; comp. Paris, 8 pluviôse an X, Sirey, II, 2, 219; Limoges, 19 déc. 1842, Desgorces, Dev., 1843, II, 495; Duparc-Poullain, *Princ. de droit*, t. VI, p. 401; Dunod, *des Prescriptions*, p. 110; Toullier et Duvergier, t. III, n° 729, note *a;* Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 629; Larombière, t. II, art. 1208, n° 28.)

358. — Faut-il appliquer l'article 1206 à la suspension de la prescription?

C'est une question controversée, que nous avons examinée déjà, en ce qui concerne la solidarité entre les créanciers.

La même controverse s'agite, en ce qui concerne la solidarité entre les débiteurs.

Plusieurs jurisconsultes répondent négativement. (Comp. Duvergier sur Toullier, t. III, n° 728, note *b;* Larombière, t. II, art. 1206, n[os] 4-5.)

Mais nous persistons à penser que la doctrine contraire est plus juridique; et nous ne tarderons pas à reprendre cette thèse importante, dans son application à la solidarité passive (*infra*, n[os] 412 et suiv.).

359. — D'après le texte même de notre article, ce sont les poursuites faites *contre l'un des débiteurs solidaires,* qui interrompent la prescription à l'égard de tous.

Il en serait de même sans doute des poursuites faites contre *l'unique héritier* de l'un des débiteurs solidaires.

Mais il en serait autrement des poursuites faites contre *l'un des héritiers* d'un codébiteur décédé, qui en aurait laissé plusieurs.

C'est la disposition de l'article 2249 ainsi conçu :

« L'interpellation faite, conformément aux articles cidessus, à l'un des débiteurs solidaires, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre tous les autres, même contre leurs héritiers.

« L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, quand même la créance serait hypothécaire, si l'obligation n'est indivisible.

« Cette interpellation ou cette reconnaissance n'interrompt la prescription, à l'égard des autres codébiteurs, que pour la part, dont cet héritier est tenu.

« Pour interrompre la prescription, pour le tout, à l'égard des autres codébiteurs, il faut l'interpellation faite à tous les héritiers du débiteur décédé, ou la reconnaissance de tous ces héritiers. »

Telle est la conséquence, qui procède, logiquement, de la combinaison du principe de la solidarité avec le principe de la division héréditaire des dettes.

Après la mort de l'un des codébiteurs solidaires, laissant plusieurs héritiers, qui est-ce qui est solidaire?

Chacun des héritiers individuellement?

Non pas!

C'est la succession elle-même qui est solidaire, la succession tout entière, en tant qu'elle représente le codébiteur solidaire décédé;

Or, la succession se divise en autant de fractions qu'il y a d'héritiers;

Donc, chacun des héritiers n'est tenu que de sa part et portion dans la dette solidaire, devenue dette de la succession.

D'où cette double conclusion, que l'article 2249 déduit, en effet, savoir :

1° Que l'interpellation faite au débiteur survivant ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre la succession tout entière, et l'interrompt, par cela même, contre chacun des héritiers pour sa part;

2° Mais aussi que l'interpellation faite à l'un des héritiers ou sa reconnaissance n'interrompt la prescription que pour sa part, à l'égard du codébiteur solidaire survivant, et ne l'interrompt pas, à l'égard des autres héritiers pour leur part; car, entre eux, les héritiers ne sont pas solidaires! (Comp. *supra*, n° 319.)

360. — La même combinaison du principe de la solidarité avec le principe de la division des dettes, doit amener aussi, en ce qui concerne le cours des intérêts, cette double conséquence, toute semblable, à savoir :

1° Que la demande d'intérêts formée contre le débiteur

solidaire survivant fera courir les intérêts contre tous les héritiers du débiteur décédé ;

2° Mais que la demande formée contre l'un de ces héritiers ne fera courir les intérêts contre le débiteur survivant, que pour la part de cet héritier, et ne les fera pas courir contre les autres héritiers pour leur part.

561. — Il faut, de même, appliquer cette double conséquence aux risques de la chose, qui fait la matière de l'obligation.

La chose périt-elle par la faute ou pendant la demeure du codébiteur survivant?

Tous les héritiers du codébiteur décédé, lors même qu'ils ne seraient ni en faute ni en demeure, sont tenus, aux termes de l'article 1205, de payer la valeur de cette chose chacun pour sa part.

Est-ce, au contraire, par la faute ou pendant la demeure de l'un des héritiers du débiteur solidaire décédé, que la chose a péri?

Le codébiteur survivant, *insons*, ne doit la valeur de la chose que jusqu'à concurrence de la part héréditaire de cet héritier ; et les autres héritiers, *insontes*, sont libérés de toute obligation, comme si la chose avait péri par cas fortuit! (Comp. Duranton, t. XI, n° 218 ; Larombière, t. II, art. 1205, n° 3.)

562. — L'article 1206 est, au reste, applicable à toutes les poursuites, qui peuvent être considérées comme interruptives d'une prescription.

Ainsi l'exige la généralité de son texte, d'accord avec le principe, sur lequel il est fondé.

Pierre et Paul me doivent solidairement 12 000 fr.; je les assigne tous les deux ; et j'obtiens contre eux un jugement par défaut.

Mais je n'ai fait exécuter ce jugement dans les six mois de son obtention que contre l'un d'eux seulement, contre Pierre.

Eh bien! cette exécution n'en a pas moins empêché

aussi, suivant nous, la péremption contre Paul, mon autre codébiteur. (Comp. art. 156, Code de procéd.; *supra*, n° 191.)

Il faut pourtant que nous ajoutions que cette solution est controversée, et que des autorités considérables dans la doctrine et dans la jurisprudence décident, au contraire, que le jugement doit être réputé non avenu à l'égard de Paul, faute d'exécution contre lui dans les six mois :

« Considérant, dit la Cour de Paris, que la disposition de l'article 1206 ne s'applique qu'aux obligations solidaires, qui sont l'objet positif du Code, et ne peut être étendue à un jugement de condamnation, contre lequel chacun des débiteurs peut avoir des moyens personnels à faire valoir; — Que cet article, qui ne concerne que la prescription des obligations, est étranger à la péremption, qui ne libère d'aucune obligation et ne fait acquérir aucun droit ... » (3 mars 1838, Covelin, Dev., 1833, II, 343; comp. Limoges, 14 févr. 1822, Sirey, 1822, II, 169; Nîmes, 28 nov. 1826, Sirey, 1827, II, 61; Nîmes, 24 janv. 1829, Sirey, 1829, II, 69; Amiens, 7 juin 1834, Bascoulergue, Dev., 1836, II, 499; Agen, 19 janv. 1849, Dumas, Dev., 1849; Vazeille, *des Prescriptions*, t. I, n° 238; Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 620.)

363. — Mais c'est précisément parce que *la péremption ne libère d'aucune obligation et ne fait acquérir aucun droit*, qu'elle a le caractère et l'effet d'une prescription.

Quel est, contre le débiteur condamné par défaut, l'effet de l'exécution du jugement dans les six mois ?

Est-ce de faire acquérir au créancier un droit nouveau contre son débiteur et d'augmenter son titre?

Pas du tout!

Le jugement par défaut constitue, par lui-même, un titre parfait, tant qu'il n'est pas frappé d'opposition.

Et si l'exécution est nécessaire dans les six mois, c'est uniquement pour le *conserver*.

Par conséquent, il est tout à fait conforme au texte de l'article 1206 et aux principes de décider que l'exécution, qui conserve le jugement contre l'un des débiteurs, le conserve par cela même contre les autres !

Aussi, est-ce dans ce dernier sens que se forme, de plus en plus, la jurisprudence de la Cour de cassation :

« Attendu que les articles 1206 et 2249 du Code civil, qui ont étendu à tous les codébiteurs solidaires l'interruption de la prescription opérée à l'égard de l'un d'eux, s'appliquent, dans leur généralité, à tous les genres de prescription et sont conçus en termes absolus; que l'article 156 du Code de procédure établit, à l'égard des jugements par défaut, une véritable prescription en faveur des parties condamnées, qui, comme les autres prescriptions, peut être invoquée, aux termes de la loi, ainsi que l'arrêt attaqué l'a jugé dans l'espèce.... »

Cette solution doit, en effet, d'autant plus être admise, que toutes les voies de recours demeurent ouvertes à ceux des débiteurs qui voudraient les employer, dans les délais légaux. (2 févr. 1841, Decaindry, Dev., 1841, I, 417; comp. Cass., 7 déc. 1825, Sirey, 1826, I, 207; Toulouse, 22 août 1826; 29 janv. 1827, Sirey, 1827, II, 63, 222; Paris, 14 août 1828, Sirey, 1829, II, 134; Toulouse, 8 déc. 1830, Dev., 1831, II, 150; Pau, 16 août 1837, Laporte, Dev., 1838, 343; Bourges, 7 juill. 1842, Mévholon, Dev., 1844, II, 9; Caen, 14 mai 1849, Lepaulmier, Dev., 1849, II, 696; Cass., 2 mai 1853, Balsac, Dev., 1853, I, 326; Merlin (qui après avoir professé la doctrine contraire, est revenu à celle-ci), *Répert.*, v° *chose jugée*, § 18, n° 22, 3 ; v° *Succession*, sect. II, § 1, n° 12 ; Delvincourt, t. II, p. 713 ; Thomine-Demasures, *de la Procéd. civ.*, t. I, n° 187 ; Boncenne, t. III, p. 66 ; Rodière, n° 116; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 20-21 ; Massé et Vergé, t. III, p. 156; Larombière, t. II, art. 1208, n° 6.)

364. — La solution que nous venons de présenter, en

ce qui concerne l'effet de l'exécution d'un jugement par défaut contre l'un des débiteurs solidaires, doit d'ailleurs être appliquée, par les mêmes motifs, à l'effet de l'acquiescement qui aurait été donné par l'un d'eux à ce jugement.

L'acquiescement, en effet, qu'est-ce autre chose que la *reconnaissance* du débiteur?

Or, la reconnaissance du débiteur interrompt la prescription aussi bien que l'interpellation du créancier. (Art. 2249; comp. *supra*, n° 356; Poitiers, 7 janv. 1830, Dev., 1830, II, 141; Bordeaux, 3 août 1833, Dev., 1834, II, 137; Cass., 14 avril 1840, Galtier, Dev., 1840, I, 491; *voy.* pourtant, Cass., 14 déc. 1827, Sirey, 1828, II, 144; Paris, 2 mars 1829, Sirey, 1829, II, 226; Amiens, 7 juin 1836, X..., Dev., 1836, II, 499.)

565. — Nous avons supposé, dans la question qui précède, que les deux codébiteurs solidaires mis en cause par le créancier, avaient été tous les deux aussi condamnés par défaut.

En serait-il de même dans le cas, où l'un d'eux aurait été condamné contradictoirement, et seulement l'autre par défaut?

Le jugement contradictoire, rendu contre l'un, empêcherait-il la péremption du jugement rendu contre l'autre, pour cause d'inexécution dans les six mois?

La Cour de cassation a décidé négativement cette question, qui se présente, en effet, dans des conditions tout autres que la première :

« Attendu.... que la péremption ou prescription n'est pas interrompue par cela seul que le jugement rendu par défaut contre l'un des codébiteurs solidaires a été rendu contradictoirement contre l'autre; — que, en effet, il n'en est pas de la dette comme du jugement, qui la consacre; que la première peut subsister, tandis que le second tombe en péremption, et qu'il ne faut pas confondre les moyens que la loi donne pour les préserver

l'un et l'autre de la prescription spéciale, qui peut les atteindre; — que si la prescription de la dette est interrompue à l'égard de tous les codébiteurs solidaires par la condamnation contradictoirement prononcée contre l'un d'eux, il en est autrement de la péremption du jugement; — que cette péremption ne peut être empêchée, vis-à-vis des parties condamnées par défaut, que par l'exécution du jugement dans le délai fixé par l'article 156.... » (2 mars 1853, Balsac, Dev., 1853, I, 326.)

Quelle serait, en effet, la conséquence de la doctrine contraire?

C'est que le jugement rendu contradictoirement contre l'un des débiteurs solidaires, serait réputé rendu contradictoirement contre les autres; de sorte que ceux-là même, contre lesquels le jugement n'aurait été rendu que par défaut, ne pourraient pas y former opposition, afin de faire valoir des exceptions personnelles, qu'ils auraient le droit de présenter!

Or, une telle conséquence ne saurait être admise. (Comp. *infra*, n° 367; Larombière, t. II, art. 1208, n° 6.)

366. — Nous arrivons ainsi à une question importante, que nous avons examinée déjà, dans la solidarité entre les créanciers (*supra*, n° 191), et qui n'offre pas moins d'intérêt dans la solidarité entre les débiteurs; à savoir :

S'ils se représentent réciproquement les uns les autres, dans les instances judiciaires?

Et si la chose jugée avec le créancier pour ou contre l'un des débiteurs, doit être considérée comme jugée pour ou contre les autres?

Nous poserons, d'abord, sur cette thèse, cinq propositions, qui sont, à notre avis, certaines, et sur lesquelles, en effet, au milieu des dissidences, qu'elle a soulevées, tous les systèmes paraissent désormais s'entendre.

367. — I.— La chose jugée, pour ou contre l'un des

débiteurs sur des moyens personnels, ne saurait être considérée comme jugée pour ou contre les autres débiteurs.

Le débiteur, assigné par le créancier, a soutenu que son obligation, à lui, était annulable, pour cause de minorité.

Ce moyen ne regarde, en effet, que lui !

Qu'il ait gagné ou qu'il ait perdu, qu'importe aux autres ?

La chose jugée sur un tel moyen, qui leur est étranger, leur est certainement elle-même étrangère !

568. — II. — Pareillement, si les codébiteurs qui n'étaient pas en cause, ont, eux aussi, des moyens personnels à faire valoir, comme celui de la minorité, la chose jugée contre leur codébiteur ne saurait être considérée comme jugée contre eux, en tant qu'ils demanderaient à faire valoir ces moyens.

Il est, en effet, d'évidence qu'ils n'ont pas été représentés par leur codébiteur, puisqu'il ne pouvait pas les opposer au créancier ! (Comp. Cass., 28 nov. 1836, Guiffrey, Dev., 1837, I, 362; Duranton, t. XIII, n° 519; Rodière, n° 116; Larombière, t. II, art. 1208, n° 20.)

569. — III. — De même encore, la chose jugée pour ou contre l'un des débiteurs, serait, à l'égard des autres codébiteurs, *res inter alios acta*, si la contestation avait porté, non pas sur le fait absolu de l'existence ou de l'extinction de la dette commune, mais sur le fait relatif de la solidarité, en ce qui concerne celui-là seul qui a plaidé contre le créancier.

« *Multum interest*, disait Pomponius, *utrum res ipsa solvatur an persona liberetur; cum persona liberatur, manente obligatione, alter manet obligatus.* » (L. 19, ff. *de Duobus reis.*)

C'est précisément à l'aide de cette distinction que Paul décidait la question de savoir si le serment prêté,

envers le créancier par le fidéjusseur, doit profiter au débiteur principal?

Oui, répondait-il, mais à la condition qu'il aura été prêté sur l'existence de la dette, et non pas sur l'existence de la fidéjussion :

«.... *Si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur.*» (L. XXVIII, § 1, ff. *de Jurejurando.*)

Distinction très-juridique, en effet, que le législateur de notre Code a consacrée dans l'article 1365 :

« Le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement. »

Or ce qui est vrai du serment, l'est aussi de la chose jugée.

La chose jugée sur le fait de la solidarité, pour ou contre l'un des débiteurs, ne saurait donc être considérée comme jugée pour ou contre les autres, s'ils voulaient, par exemple, prétendre eux-mêmes que la solidarité n'existe pas, en ce qui les concerne!

Et voilà la réponse à l'objection, qui consiste à dire que *c'est faire une pétition de principe*, que d'argumenter du mandat, par lequel les codébiteurs solidaires se représentent réciproquement envers le créancier, pour soutenir que le jugement rendu contre l'un a force de chose jugée contre les autres, quand précisément c'est l'existence de ce mandat, c'est-à-dire la solidarité elle-même, qui est contestée.

« Car on s'appuie, dit l'objection, sur l'obligation qui est en question, pour dire qu'il y a mandat, et sur ce mandat, qui ne peut être qu'une conséquence de l'obligation, pour établir que l'obligation existe. »

C'est le raisonnement de M. Colmet de Santerre. (T. V, n° 328 *bis*, XXIII; ajout. Duranton, t. XIII, n° 520.)

Eh bien ! non, nous ne commettons pas cette pétition

de principe, puisque justement, nous exceptons le cas, où la décision judiciaire rendue contre l'un des débiteurs n'a porté que sur le fait de la solidarité.

370. — IV. Est-il besoin de dire que la chose jugée contre l'un des débiteurs ne serait pas non plus opposable aux autres codébiteurs, ou du moins, qu'ils pourraient y former tierce opposition, si elle était le résultat d'une collusion frauduleuse entre le débiteur qui était au procès, et le créancier! (Comp. Cass., 11 déc. 1834, Dev., 1835, I, 376.)

371. — V. Nous ajoutons qu'il en serait ainsi, indépendamment même de toute collusion frauduleuse, dans le cas où la chose aurait été jugée contre le débiteur qui était en cause, par suite d'une renonciation qu'il aurait faite à des moyens communs de défense, ou d'un acquiescement, qu'il aurait donné.

Si, en effet, chacun des codébiteurs a mandat de représenter les autres envers le créancier, c'est pour défendre leur cause commune, et non point pour la sacrifier par des abandons volontaires. (Comp. *supra*, n° 357; Toullier, t. X, n° 203; Larombière, t. II, art. 1208, n° 20.)

372. — Notre thèse, ainsi dégagée et circonscrite, se réduit à des termes très-simples.

Il ne s'agit plus que de savoir si la chose jugée pour ou contre l'un des codébiteurs, sur un moyen commun à tous, doit être considérée comme jugée pour ou contre les autres.

Le débiteur, assigné par le créancier, a soutenu que l'obligation était nulle, parce qu'elle avait une cause illicite, ou qu'elle était éteinte par un payement, par la prescription ou par tout autre mode absolu de libération.... *in rem.*

La décision judiciaire, intervenue sur une telle instance, aura-t-elle l'autorité de la chose jugée pour ou contre les autres codébiteurs?

Les trois systèmes, que nous avons rencontrés déjà sur la même question, dans la solidarité entre les créanciers, se retrouvent encore ici en présence.

A. Le premier soutient que la chose jugée entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires, n'a aucune autorité à l'égard des autres, soit que le débiteur, qui était en cause, ait perdu, soit qu'il ait gagné. (Comp. Duranton, t. XIII, nos 519-520 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 328 *bis*, XXIV ; Demangeat, *des Obligat. solid. en Droit romain*, p. 99, note 1.)

373. — B. D'après le second système, il faut distinguer :

Le débiteur, qui était seul en cause, a-t-il gagné?

La chose jugée pour lui, est réputée jugée pour les autres, qui peuvent l'opposer au créancier.

A-t-il perdu ?

La chose jugée contre lui, n'est pas réputée jugée contre eux ; et le créancier ne peut pas la leur opposer. (Comp. Cass., 15 janv. 1839, Constant, Dev., 1839, I, 97; Limoges, 19 déc. 1842, Desgorcu, Dev., 1842, II, 495; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 488-490 ; Massé et Vergé, t. III, p. 355-376; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, n° 1630 ; Rodière, n° 100.)

374. — C. Enfin, le troisième système enseigne que le jugement rendu entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, sur un moyen réel et commun, a l'autorité de la chose jugée contre les autres, soit que le débiteur, qui était seul en cause, ait gagné, soit qu'il ait perdu.

C'est celui, que nous croyons devoir proposer pour la solidarité passive, comme nous l'avons proposé pour la solidarité active :

1° Le texte de la loi nous paraît d'abord conduire à cette conclusion.

En effet, aux termes de l'article 1200 :

« Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils

sont obligés à une même chose, *de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité*, et que le payement, fait par un seul, libère les autres envers le créancier. »

De même donc que, d'après l'article 1197, l'un des créanciers solidaires peut demander le tout au débiteur;

De même, d'après l'article 1200, le créancier peut demander le tout à l'un des débiteurs solidaires.

Lui demander le tout, *le contraindre pour le tout*.

De quelle manière?

De toutes les manières évidemment, dont un créancier peut poursuivre la satisfaction à laquelle il a droit, et jusqu'à ce qu'il l'ait obtenue :

Soit par voie d'exécution, si son titre est exécutoire, soit par voie d'action en justice, dans le cas contraire;

Et, lorsqu'il agit en justice, avec le droit de vaincre sa résistance et de le faire condamner à l'exécution de l'obligation !

Or, le créancier qui agit contre l'un des débiteurs solidaires, est réputé agir contre les autres.

Voilà ce qu'impliquent virtuellement nos articles : 1206, 1207, 1208, 2249, qui ne sont eux-mêmes que la déduction de l'article 1203, d'après lequel :

« Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs, qu'il veut choisir.... » ;

Parce que, en effet, s'adresser à l'un, c'est s'adresser à tous; chacun d'eux étant le représentant des autres, envers le créancier.

2° Les textes, ainsi entendus, sont, suivant nous, l'expression la plus vraie du principe sur lequel toute la théorie de la solidarité repose.

C'est pourtant ce que nient les dissidents; et voici ce qu'ils objectent :

« L'obligation solidaire, bien que simple quant à son objet, est cependant multiple, quant aux liens juridiques, en vertu desquels les différents débiteurs se trouvent en-

gagés ; or, si l'obligation de chacun des débiteurs est, quant au lien juridique, distincte de celle des autres, les exceptions réelles contre la dette commune doivent appartenir individuellement à chacun d'eux, comme autant de moyens de faire tomber son engagement personnel.... » (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, 488.)

Mais cette objection, qui est exacte, quant aux exceptions personnelles, ne l'est, à notre avis, nullement, quant aux exceptions réelles !

« En effet, dit Merlin, d'une part, une dette solidaire est la même, dans sa substance et dans sa cause, pour chacune des parties, qui y sont obligées. D'un autre côté, le codébiteur solidaire, pour ou contre lequel le jugement a été rendu, ne forme moralement qu'un seul et même individu avec les autres codébiteurs, parce qu'ils n'ont pu s'obliger solidairement à la même dette, sans se constituer mandataires l'un de l'autre pour la payer, et, par suite, pour se représenter mutuellement dans tous les actes et dans toutes les procédures qui tendraient à la faire payer, et pour faire valoir, dans leur intérêt commun, tous les moyens, qu'ils pourraient avoir pour s'exempter de la payer. » (*Quest. de Droit*, v° *Chose jugée*, § XVIII, n°s 2-3.)

Voilà les vrais principes !

3° Dira-t-on que cette doctrine est compromettante pour les codebiteurs solidaires, et qu'elle les expose à ce danger considérable, que s'il y en a un, parmi eux, qui soit dans de mauvaises affaires et qui s'abandonne, c'est assurément celui-là que le créancier choisira, pour s'attaquer à lui, afin de le faire condamner ; de sorte que tous les débiteurs peuvent se trouver eux-mêmes condamnés irréparablement par l'effet d'un jugement par défaut peut-être, contre lequel aucune voie de recours n'aura été exercée !

Si spécieuse que cette objection puisse paraître, il ne faut pas s'en émouvoir.

Que la solidarité puisse avoir ses dangers, qui le conteste?

Mais ils sont inévitables; et prétendre les supprimer, ce n'est ni plus ni moins que prétendre supprimer la solidarité elle-même!

Que veut-on, en effet, que fasse le créancier pour garantir les codébiteurs contre ce danger?

On veut qu'il les assigne tous et qu'il plaide contre chacun d'eux individuellement?

Mais c'est là précisément la négation manifeste de la convention par laquelle il a été entendu, au contraire, qu'un seul répondrait, envers lui, pour tous les autres!

Et quand les autres viennent dénoncer les inconvénients de cette représentation réciproque, nous sommes fondé à leur rappeler que ce sont eux qui l'ont bien voulu et qu'ils se sont réciproquement choisis comme mandataires. .... *utriusque aut singulorum in solidum fidem contemplatum ac secutam.* (Dumoulin, Part. III, n° 156.)

4° Cette doctrine, commandée par les principes qui gouvernent la solidarité, ne nous paraît pas moins aussi commandée par les principes qui gouvernent la chose jugée.

Quel est, en effet, le but essentiel que le législateur s'est proposé, en instituant le principe de l'autorité de la chose jugée?

C'est d'éviter la multiplicité des contestations, et, avec elle, la multiplicité des frais, et la contrariété des décisions judiciaires.

Or, voilà que, tout au rebours! on veut autoriser les codébiteurs solidaires, c'est-à-dire des individus engagés chacun pour le tout, par une commune convention, en vertu d'une seule et même cause, dans une seule et même dette, de sorte qu'ils ne forment, à eux tous, dans leur faisceau, qu'un seul et même débiteur,... « *cum ex una stirpe unoque forte unus effluxit contractus, vel debiti*

causâ ex eâdem actione.... » (Justinien, L. 5, Cod. *de Duobus reis*);

Voilà qu'on veut les autoriser à recommencer, chacun à son tour, le même procès, et à se succéder, et, en quelque sorte, à se *relayer* contre le créncier, avec une évidente aggravation de frais et de lenteurs, et au risque d'aboutir à une contrariété de décisions opposées les unes aux autres, et qui ne pourront pas s'exécuter!

5° Mais la chose jugée contre le débiteur principal n'est pas opposable à la caution; et par le même motif, la chose jugée contre l'un des débiteurs solidaires ne doit pas être opposable à son codébiteur!

C'est l'argument de Mourlon (*Répét. écrit.*, t. II, n° 1630).

Nous répondons d'abord que c'est une question grave que celle de savoir si le jugement rendu contre le débiteur ne lie pas la caution; et nous faisons, à cet égard, nos réserves.

Mais, quand même cela serait vrai pour la caution, on ne saurait déduire la même conséquence pour les codébiteurs solidaires; car s'ils jouent, l'un envers l'autre, le rôle de caution, chacun d'eux, envers le créancier, joue le rôle d'un débiteur principal, répondant, seul et en son propre nom, pour tous les autres.

Nous concluons donc que la chose jugée pour ou contre l'un d'eux, est réputée jugée pour ou contre les autres. (Comp. cass., 23 nov. 1836, Guiffrey, Dev., 1837, I, 362; Merlin, Quest. de droit, *loc. supra cit.*; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1321; Bonnier, *Traité des Preuves*, n° 701; Larombière, t. II, art. 1208, n° 19.)

375. — Nous ne saurions d'ailleurs admettre l'amendement de M. Rodière, qui distingue, lorsque le jugement a été rendu contre l'un des débiteurs, entre les moyens qu'il a proposés, et les moyens qu'il n'a pas proposés.

Notre savant collègue ne permet pas aux autres codébiteurs de recommencer le procès, quant aux premiers;

mais il leur permet de le recommencer, quant aux seconds (n° 109).

Distinction impossible! suivant nous.

Dès là, en effet, que M. Rodière lui-même reconnaît que le débiteur, qui était en cause, a représenté ses codébiteurs, la chose jugée doit avoir, contre eux, le même effet qu'elle a contre lui;

Or, il ne pourrait pas, lui! recommencer le procès, en invoquant des *moyens* qu'il alléguerait avoir omis;

Donc, ses codébiteurs ne le peuvent pas davantage;

La présomption légale est, en effet, que ces moyens, qu'il n'a pas proposés, quand il était temps de le faire, il ne pouvait pas les proposer! c'est, en un mot, que ces moyens n'existent pas! (Art. 1351.)

576. — III. Il nous reste à déduire les effets qui résultent, dans les rapports des codébiteurs solidaires avec le créancier, de notre dernière règle, à savoir : que si chacun des codébiteurs doit le tout, *singuli solidum*, ils ne le doivent tous ensemble qu'une seule fois, *unum omnes* (*supra*, n° 311).

De cette unité de la dette solidaire, la conséquence semblerait être que tous les moyens, par lesquels l'un des codébiteurs se trouve libéré, entraînent aussi la libération des autres, et que, par suite, chacun d'eux peut opposer tous ces moyens au créancier, soit de son chef, soit du chef de ses codébiteurs.

Cette déduction semble en effet logique; et nous pouvons dire qu'elle est même exacte, dans sa généralité.

Il s'en faut bien, toutefois, qu'elle soit absolue.

Et nous allons avoir, au contraire, à établir des distinctions importantes entre les différents moyens, que chacun des débiteurs solidaires peut opposer à la demande du créancier.

577. — L'article 1208 pose, à cet égard, la règle en ces termes :

« Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier,

peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs.

« Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs. »

Le législateur, comme on voit, n'a pas lui-même fourni la nomenclature des moyens de défense, qui pourront être opposés au créancier, soit par tous les codebiteurs, soit seulement par quelques-uns d'entre eux.

Il se borne à décréter une classification théorique, dont la formule, trop peu précise, a certainement contribué à jeter, dans ce sujet, les incertitudes qui s'y rencontrent.

Le mot *exceptions*, dont il se sert, semble même, à cette place, offrir une physionomie singulière; car c'est un mot qui désigne un moyen de procédure plutôt qu'un moyen de fond; et dans la terminologie scientifique, on a coutume, en effet, précisément d'opposer, par une sorte d'antithèse, les *exceptions* aux *défenses :* les premières, qui tendent seulement à faire différer ou écarter, comme prématurée ou irrégulière, la prétention du demandeur; les secondes, qui tendent à la faire rejeter comme mal fondée. (Comp. les articles 166 et suivants du Code de procédure civile.)

Mais il est évident que le mot *exceptions* est ici détourné de son sens technique, et que le législateur l'a employé comme synonyme de moyen de défense au fond ; la classification même, que l'article établit entre les *exceptions*, suffit à le prouver. Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement dans l'article 1208 que l'on trouve cette synonymie, ou, si l'on veut, cette confusion; d'autres articles fournissent le même exemple, et notamment les articles 1361, 2012 et 2034.

Laissons donc de côté les mots; et allons au fond des choses.

578. — En quoi consiste cette classification de l'article 1208?

Le législateur distingue trois catégories d'exceptions, dont la dernière admet elle-même une sous-distinction; de sorte que nous en pouvons compter quatre, à savoir :

I. Les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation;

II. Les exceptions, qui sont communes à tous les codébiteurs;

III. Les exceptions, qui sont personnelles à l'un ou à quelques-uns d'entre eux;

IV. Les exceptions, qui sont purement personnelles.

L'article 2036, en matière de cautionnement, semble, au contraire, n'en présenter que deux :

« La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette.

« Mais elle ne peut opposer les exceptions, qui sont purement personnelles au débiteur. » (Ajout. art. 2012.)

Il y a certainement, entre l'article 1208 et l'article 2036, une grande analogie; et il n'est pas douteux que, sous l'unique dénomination *d'exceptions, qui sont inhérentes à la dette*, l'article 2036 comprend les exceptions, que l'article 1208 indique, sous la double dénomination *d'exceptions, qui résultent de la nature de l'obligation et qui sont communes à tous les codébiteurs.*

Il importe néanmoins, malgré l'affinité qui existe entre ces deux textes, de ne pas les confondre.

La différence considérable, qui sépare la solidarité d'avec le cautionnement, et qui ne s'efface jamais, doit être aussi maintenue sur ce point comme sur tous les autres.

C'est donc dans notre matière de la solidarité, que nous avons à examiner la distinction des exceptions, telle qu'elle est faite par l'article 1208.

579. — I. Et d'abord, la première classe, *des excep-*

tions qui résultent de la nature de l'obligation, comprend évidemment celles qui tiennent soit aux vices primitifs de son origine, soit aux modalités sous lesquelles elle a été contractée par tous les codébiteurs ensemble.

Le défaut de cause, ou la cause illicite; — le défaut d'objet; — l'absence des formes requises dans un contrat solennel, dans une donation entre-vifs, par exemple, faite solidairement par plusieurs; — la lésion de plus des sept douzièmes, au préjudice des vendeurs solidaires d'un immeuble; — voilà des exceptions qui résultent, en effet, de la nature de l'obligation, et qui sont absolument inhérentes à sa manière d'être.

Il faut en dire autant des conditions ou des clauses, sous lesquelles l'obligation aurait été originairement contractée, et qui en seraient les éléments constitutifs.

Ce sont bien là des exceptions *in rem, rei cohærentes,* que tous les codébiteurs pourront également opposer au créancier. (Comp. L. 7, § 1, ff. *de Exceptionibus;* Pothier, n° 380.)

380. — II. Mais alors quelles vont donc être les exceptions de la seconde classe, celles que, dans sa terminologie, le législateur appelle *les exceptions qui sont communes* à tous les codébiteurs?

Cette nouvelle formule, restreinte désormais par la première, ne peut pas, en effet, comprendre les exceptions, *qui résultent de la nature de l'obligation;* et l'arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1852, qui paraît confondre les unes avec les autres, méconnaît, suivant nous, la classification législative. (Brulatour, Dev., 1852, I, 795; comp. *infra,* n° 414.)

La seconde classe ne peut donc comprendre que les moyens provenant de faits postérieurs à la formation de la dette, et qui en ont opéré l'extinction.

Ce sont encore sans doute là des moyens *réels,* que tous les codébiteurs peuvent invoquer.

Tels, par exemple, le payement (art. 1200), la remise (art. 1285), etc.

Ce n'est pas que tous les modes d'extinction des obligations constituent indistinctement des moyens communs, dont tous les codébiteurs puissent se prévaloir contre le créancier.

Il en est, à la vérité, ainsi pour le plus grand nombre.

Mais, pourtant, quelques distinctions sont à faire; et nous les réservons, afin d'y revenir bientôt.

381. — III et IV. Restent les exceptions personnelles, et les exceptions purement personnelles.

On vient de voir que les exceptions, *qui résultent de la nature de l'obligation*, et les exceptions, *qui sont communes à tous les codébiteurs*, affectent l'obligation commune d'une manière absolue; et que, par suite aussi, elles affectent le lien particulier en vertu duquel chacun des débiteurs s'y trouve engagé.

Tout au contraire! les exceptions personnelles ne se réfèrent qu'à l'engagement particulier de l'un des débiteurs; et ce qui les caractérise, c'est qu'elles procèdent d'une circonstance qui est née, pour ainsi dire, seulement dans sa personne, et qui produit, en effet, dans sa personne seulement, un moyen de défense pour soutenir : soit que l'obligation n'a pas été valablement formée dans l'origine, soit qu'elle s'est éteinte postérieurement.

Ce sont là, en effet, des exceptions *in personam... personæ cohærentes*. (Comp. Pothier, n° 380.)

382. — Ces exceptions sont de deux sortes :

Les unes, personnelles;

Les autres, purement personnelles.

Les premières sont celles qui, bien qu'affectant seulement l'engagement individuel de l'un des codébiteurs, peuvent néanmoins être opposées, jusqu'à concurrence de sa part dans la dette, par les autres codébiteurs;

Les secondes sont celles qui ne peuvent être aucunement opposées par les autres codébiteurs, même jusqu'à concurrence de la part de celui dont elles affectent l'engagement.

Cette distinction ne paraît pas ressortir, il est vrai, du texte de l'article 1208; et nous ne voudrions pas affirmer que le législateur s'en soit très-exactement rendu compte.

Mais elle résulte de la nature même des choses, et la force des principes la commande.

Aussi notre Code la reconnaît-il virtuellement. (Comp. Demante et Colmet de Santerre, t. V, nos 142 et 142 *bis*, I; Rodière, nos 63 et suiv.; Larombière, t. II, art. 1208, nos 7, 8, 9.)

383. — La remise, par exemple, que le créancier a faite à l'un des codébiteurs solidaires de sa part dans la dette, constitue bien sans doute une exception personnelle, c'est-à-dire un moyen, qui naît, en effet, dans sa personne et qui n'affecte que son engagement particulier.

Pourtant, il est incontestable que cette exception peut être opposée par les autres codébiteurs, jusqu'à concurrence de sa part. (Art. 1285.)

Il en est de même de la confusion qui résulte de ce que l'un des codébiteurs devient l'héritier du créancier. C'est là encore sans doute une exception, qui naît dans sa personne et qui n'affecte que son engagement particulier.

Pourtant, il est encore certain que les autres codébiteurs peuvent l'opposer jusqu'à concurrence de sa part dans la dette. (Art. 1209, 1300; *infra*, nos 394 et 403.)

Et, en vérité, il faut bien qu'il en soit ainsi!

Autrement, celui des codébiteurs, dans la personne duquel la dette s'est éteinte pour sa part, ne profiterait pas lui-même de cette extinction, puisque ses codébiteurs, obligés de payer le total au créancier, auraient certainement le droit d'exercer un recours, contre lui, jusqu'à concurrence de sa part ! (Art. 1213.)

384. — Au contraire, supposons une exception résultant, dans la personne de l'un des codébiteurs, de son

incapacité, pour cause de minorité, par exemple, ou d'interdiction, ou pour défaut d'autorisation du mari ou de justice, s'il s'agit d'une femme mariée.

Voilà une exception purement personnelle, qui n'est pas, en effet, pour parler le langage des anciens docteurs, *separabilis a persona rei*, par ce motif, qui la caractérise très-nettement, que les autres codébiteurs ne peuvent pas l'opposer au créancier. (Art. 1208, 2012, 2036.)

385. — Il faut aussi considérer comme une exception purement personnelle celle qui résulte du concordat accordé à l'un des codébiteurs tombé en faillite. (Art. 506-527 et 545 du Code de commerce.)

386. — La même appréciation convient-elle soit au défaut absolu de consentement de la part de l'un des codébiteurs, soit aux vices dont son consentement serait entaché, erreur, violence ou dol?

Le doute pourrait venir de ce que la caution peut opposer au créancier ces sortes d'exceptions;

Or, la caution, non plus, ne peut pas opposer les exceptions *purement personnelles;*

Donc, pourrait-on dire, les vices du consentement, violence, erreur ou dol, n'ont pas le caractère d'exceptions purement personnelles, et constituent, au contraire, des moyens réels et communs.

Nous croyons bien, en effet, que la caution a le droit d'opposer au créancier l'exception résultant des vices dont le consentement du débiteur principal est entaché. (Comp. Pothier, n° 380; Troplong, *du Cautionnement*, n° 384; Larombière, t. II, art, 1208, n° 9.)

Mais ce que nous croyons en même temps, c'est que le codébiteur solidaire ne peut pas opposer cette exception au créancier, du chef de son codébiteur.

Comment! dira-t-on, voilà les mêmes expressions dans l'article 1208, pour la solidarité, et dans les articles 2012 et 2036, pour le cautionnement! et le sens de ces expressions identiques, serait pourtant différent!

Eh bien! oui, le sens est différent, en matière de solidarité et en matière de cautionnement!

Nous avons eu déjà l'occasion de remarquer combien toute cette terminologie de notre Code est variable et incertaine, en expliquant, dans l'article 1166, ce qu'il faut entendre par les mots : *droits exclusivement attachés à la personne;* et nous avons reconnu que l'acception en était subordonnée aux principes particuliers des différentes matières où ils se trouvent employés. (Comp. le tome II de ce *Traité,* n° 55.)

Or, voilà précisément ce qui advient dans notre sujet; c'est dans la différence des principes qui gouvernent le cautionnement et la solidarité, qu'il faut chercher le motif de la différence dans la signification d'une formule, dont les termes pourtant sont identiques.

Le cautionnement n'est qu'une obligation accessoire et subordonnée, qui ne saurait avoir une force plus grande que l'obligation principale dont elle dépend; obligation qui lui communique nécessairement tous les vices dont elle est entachée, excepté ceux qui dérivent d'une prérogative exclusivement personnelle au débiteur principal, comme la minorité; et si ceux-là sont exceptés, c'est parce qu'ils ont un caractère *personnalissime,* en vue duquel cautionnement a presque toujours été stipulé.

Tout autre est la solidarité, dans laquelle chacun des codébiteurs est obligé, envers le créancier, d'une manière aussi principale et aussi directe que s'il était seul débiteur! de sorte que chacune des obligations doit être appréciée isolément, par elle-même, sans qu'on puisse emprunter une cause de nullité, qui se trouverait dans l'une, pour la transporter dans l'autre, qui en est exempte.

Cette différence entre la caution et le codébiteur solidaire se produit, comme nous le verrons, d'une manière très-expressive, dans l'article 1294, qui permet à la caution d'opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal; tandis qu'il ne permet pas au

codébiteur solidaire d'opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

La loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement, la met également bien en relief.

S'agit-il d'un débiteur principal et d'une caution?

Elle décide qu'il y a lieu à la perception de deux droits : le premier, sur l'obligation principale; le second, sur l'obligation accessoire.

S'agit-il de deux débiteurs solidaires?

Elle décide qu'il n'y a lieu qu'à la perception d'un seul droit; reconnaissant ainsi que les obligations solidaires forment autant d'obligations principales, qui se distinguent par ce caractère double et complexe : d'une part, que chacune d'elles existe, en effet, *per se*, indépendamment des autres; et, d'autre part pourtant, que, n'ayant toutes ensemble qu'un seul objet, elles ne forment, dans leur faisceau, qu'une seule obligation, dans laquelle chacun des débiteurs, placé sur le même plan, n'est, s'il est permis de s'exprimer ainsi, que l'*alter ego* de l'autre. (Comp. art. 69, § 2, n° 8, et § 3, n° 3 de la loi du 22 frimaire an VII; Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistr.*, n°s 1101, 1353 et suiv.)

Concluons donc que l'exception déduite des vices du consentement, erreur, violence ou dol, est, en matière de solidarité, une exception purement personnelle, et qu'elle ne peut pas être opposée au créancier, du chef de l'un des codébiteurs, par les autres codébiteurs. (Comp. *infra*, n° 409; Troplong, *du Cautionnement*, n° 497; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 169; Rodière, n° 77; Larombière, t. II, art. 1208, n° 10.)

387. — Mais suposons que l'exception déduite, soit de l'incapacité personnelle de l'un des codébiteurs, soit des vices de son consentement, erreur, violence ou dol, a été opposée au créancier par celui des codébiteurs, qui pouvait la lui opposer.

Les autres codébiteurs ne peuvent-ils pas, du moins,

alors, la lui opposer aussi, lorsqu'il les poursuivra pour le total de la dette?

Je me suis obligé, solidairement avec Paul, à vous payer 10 000 fr.

Vous demandez d'abord le paiement de toute la dette à Paul, qui fait rescinder son obligation, pour cause de minorité, ou pour cause de dol, d'erreur, ou de violence.

Et c'est après cela que vous venez me demander, à moi, le total de la dette, soit 10 000 fr.

Suis-je fondé à vous répondre que je ne vous dois désormais que la moitié, mon recours contre Paul étant devenu impossible, par suite de l'exception personnelle, qu'il vous a opposée et dans laquelle il a réussi?

Oui! répond M. Rodière, qui, afin de ne pas me faire supporter tout le poids de la dette, sans recours contre mon codébiteur pour sa part, paraît aller jusqu'à dire *que je pourrai moi-même opposer, dans tous les cas, au créancier la faute, qu'il a commise, à concurrence de cette part.* (*Loc. supra cit.*)

Non! répond M. Larombière, qui, afin de maintenir intact le principe de la solidarité, paraît, en sens inverse, aller jusqu'à dire que je ne pourrai, en aucun cas, opposer au créancier les vices dont le consentement de mon codébiteur est entaché, *sous prétexte que je suis destitué du recours, sur lequel je devais compter, et que je reste toujours tenu in solidum.* (*Loc. supra cit.*)

On pourrait deduire, en ce sens, un argument des textes du droit romain, desquels il semble résulter, en effet, que la *restitutio in integrum* de l'un des *correi promittendi*, ne diminue pas le droit du créancier contre l'autre. (Comp. L. XII, § I, et L. XIX, ff. *De duobus reis;* Demangeat, p. 391 et suiv.)

Nous pensons, toutefois, que c'est là une question d'interprétation de la volonté des parties.

En fait, le codébiteur a-t-il dû compter sur un re-

cours contre son codébiteur, pour le cas où il serait obligé de payer le tout?

Il pourra soutenir qu'il n'est plus obligé envers le créancier que déduction faite de la part de son codébiteur.

Si, au contraire, il n'avait pas dû compter sur le recours, nous ne voyons pas de motif pour qu'il ne continue pas d'être obligé pour le tout.

588. — Dans quels cas sera-t-on fondé à dire que le codébiteur a dû ou n'a pas dû compter sur un recours contre son codébiteur?

Il faut rechercher s'il a eu ou s'il n'a pas eu connaissance de l'exception personnelle, qui permettait à son codébiteur de faire rescinder son obligation.

S'il en a eu connaissance, on pourra lui répondre que c'est un risque, qu'il a consenti à courir.

Mais cette réponse fera défaut, dans le cas contraire; et alors, il sera d'autant plus nécessaire de l'autoriser à demander la déduction de la part de son codébiteur, que celui-ci ne pourrait pas lui-même profiter du bénéfice de son exception personnelle, s'il demeurait exposé au recours de celui de ses codébiteurs qui aurait payé le tout.

C'est particulièrement dans le cas où l'obligation de l'un des débiteurs aurait été rescindée pour cause de dol ou de violence, que cette distinction serait juridique et équitable.

La même distinction, d'ailleurs, nous paraît aussi applicable au cas où la rescision de l'obligation de l'un des débiteurs aurait été prononcée pour cause d'incapacité personnelle.

589. — Il nous reste à appliquer aux divers modes d'extinction des obligations, la classification théorique, que nous venons d'exposer, d'après l'article 1208, des exceptions, qui peuvent être opposées au créancier soit par quelques-uns des codébiteurs seulement, soit par tous les codébiteurs.

L'article 1234 fournit, en ces termes, la nomenclature des différentes manières, dont les obligations peuvent s'éteindre.

« Les obligations s'éteignent :

« Par le paiement ;

« Par la novation ;

« Par la remise volontaire ;

« Par la compensation ;

« Par la confusion ;

« Par la perte de la chose due ;

« Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent ;

« Et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier. »

Les auteurs du Code n'ont appliqué à l'obligation solidaire, que deux de ces modes d'extinction : le paiement (art. 1200), et la confusion (art. 1209).

Des autres modes d'extinction, ils n'ont rien dit dans notre section ; c'est dans le chapitre V, qu'ils appliquent chacun d'eux à l'obligation solidaire, dans les sections particulières, qui leur sont consacrées.

Cette méthode n'est pas sans doute irreprochable ; et on ne voit pas pourquoi il est ici question de la confusion seulement, et pas des autres modes d'extinction des obligations.

Il aurait été, ce nous semble, plus rationnel de n'en mentionner aucun ou de les mentionner tous.

Quoi qu'il en soit, nous croyons devoir en présenter la nomenclature, afin d'apprécier rapidement l'effet des divers modes d'extinction des obligations dans leur application à la solidarité, sauf à réserver les développements, pour le moment où nous rencontrerons chacun de ces modes à la place que le législateur lui a donnée.

Nous avons donc à rechercher si, lorsque l'un de ces modes d'extinction se réalise dans la personne de l'un

des débiteurs solidaires, il produit à l'égard des autres, le même effet qu'à son égard;

Si la libération qui en résulte, est *in rem* ou *in personam*;

Et, pour employer notre terminologie française, si ces modes d'extinction engendrent des *exceptions communes*, ou des *exceptions personnelles*, ou des *exceptions purement personnelles*.

A ce point de vue, les modes d'extinction des obligations peuvent être répartis dans les trois classes suivantes:

I. Les uns produisent toujours une exception commune;

II. Les autres produisent toujours une exception soit personnelle, soit purement personnelle;

III. Enfin les troisièmes, d'un caractère mixte, produisent, suivant les cas, tantôt une exception commune, tantôt une exception personnelle ou purement personnelle.

590. — 1° Que le paiement fait par l'un des débiteurs solidaires forme, contre le créancier, une *exception commune*, qui peut lui être opposée par les autres codébiteurs, cela va de soi! (art. 1200.)

591. — Il en est de même de la dation en paiement, lorsque le créancier, consentant à recevoir de l'un des débiteurs, une autre chose que celle qui lui est due, le tient quitte ainsi de la dette.

L'effet extinctif de cette opération est aussi absolu que celui du paiement, dont elle tient lieu.

592. — 2° Aux termes de l'article 1281 :

« Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés.

« La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions.

« Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébitenrs, et, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébi-

teurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement. »

La novation étant un mode d'extinction de l'obligation, puisqu'elle porte sur son existence même, le principe, en effet, devait être que l'obligation solidaire est éteinte, à l'égard de tous les codébiteurs, par la novation que le créancier a faite avec l'un d'eux.

Elle forme donc une exception commune.

Sauf, bien entendu, le droit, qui appartient au créancier, qui fait une novation avec l'un des débiteurs, d'y mettre pour condition que ses codébiteurs accéderont au nouvel arrangement.

Auquel cas, l'ancienne créance subsiste pour tous, si les autres codébiteurs refusent d'y accéder, puisqu'il n'y a pas alors de novation.

393. — Mais supposons que les autres codébiteurs accèdent au nouvel arrangement.

Voilà l'ancienne obligation éteinte, et remplacée par une obligation nouvelle.

Cette nouvelle obligation sera-t-elle solidaire aussi, comme était l'ancienne?

Non pas !

A moins que le créancier n'ait expressément stipulé la solidarité.

L'ancienne obligation étant éteinte, ses garanties accessoires sont éteintes avec elle. (Arg. des art. 1278 et 1280.)

Et il n'y a pas de raison pour que l'obligation nouvelle et différente qui lui est substituée, soit revêtue de plein droit d'une garantie, que le créancier n'a pas stipulée.

Il faut donc appliquer la règle que la solidarité ne se présume pas (art. 1205; comp. Rodière, n° 66).

Nous ne saurions, dès-lors, adhérer à la doctrine de l'arrêt de la Cour de Paris du 22 novembre 1867 (Godefroy), qui décide que, lorsque le titre sous seing privé,

qui constate l'obligation solidaire, est remis volontairement aux débiteurs par le créancier, et que, dans le titre nouveau, souscrit postérieurement, par les mêmes débiteurs, la solidarité n'a pas été stipulée, l'obligation primitive n'est pas néanmoins modifiée, par cette novation, quant à la solidarité.

Aussi, la chambre des requêtes de la Cour de cassation a-t-elle admis le pourvoi formé contre cet arrêt (25 juin 1869, Godefroy, *le Droit* du 1er juin 1869).

594. — 3° Nous arrivons à la remise de la dette.

Quel en est l'effet, au point de vue de la solidarité, lorsqu'elle est faite par le créancier à l'un des codébiteurs seulement?

Engendre-t-elle une *exception commune?*

Ou une *exception personnelle?*

Ou une exception *purement personnelle?*

Il faut distinguer de quelle manière la remise a été faite.

Or, la remise peut être faite de deux manières :

Soit de la dette entière ;

Soit de la part que le codébiteur à qui elle s'adresse, doit en supporter.

La première est évidemment absolue; elle est *in rem* (L. 2, ff. *de Pactis*); c'est l'abandon par le créancier de son droit contre tous les codébiteurs; donc, elle engendre *une exception commune.*

La seconde, au contraire, est relative ; elle est *in personam ;* c'est l'abandon que fait le créancier de son droit contre l'un des débiteurs, en se réservant son droit contre les autres ; donc, elle engendre seulement une *exception personnelle.*

Une exception personnelle, disons-nous, mais non pas purement personnelle!

Ce qui signifie que le créancier ne pourra plus poursuivre les autres débiteurs que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

Et il faut bien qu'il en soit ainsi.

Car si les autres débiteurs étaient encore tenus de payer le total au créancier, il arriverait de deux choses l'une :

Ou ils n'auraient pas de recours contre leur codébiteur, auquel le créancier a fait remise de sa part; et alors le créancier aurait aggravé leur position et se serait montré généreux à leurs dépens !

Ou ils auraient un recours contre leur codébiteur ; et alors, celui-ci ne profiterait pas lui-même de cette remise.

Tel est donc, très-logiquement, l'effet, soit absolu, soit relatif de la remise, suivant la manière dont elle a été faite.

595. — Dans quels cas la remise faite par le créancier à l'un des codébiteurs, devra-t elle être considérée comme absolue, *in rem?*

Et dans quels cas, comme relative, *in personam?*

Notre Code la considère, en général, comme absolue, de quelque manière qu'elle ait été faite, tacitement ou expressément.

Voici d'abord, quant à la remise tacite, comment l'article 1284 s'exprime :

« La remise du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre à l'un des débiteurs solidaires, a le même effet au profit de ses codébiteurs. »

C'est-à-dire que, d'après l'article 1282, elle fait preuve de leur libération.

Et cela est très-rationnel.

Le créancier, en effet, qui se désaisit de son titre sous signature privée ou de la grosse de son titre, se prive des moyens de prouver son droit, non-seulement contre le débiteur, à qui il en fait la remise, mais encore contre les autres débiteurs.

Donc, la remise du titre à l'un d'eux, le désarmant envers tous, doit fournir également une exception commune à tous.

596. — Quant à la remise expresse, l'article 1285 est ainsi conçu :

« La remise ou décharge conventionnelle au profit de

l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers.

« Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. »

Cette disposition, sur la remise expresse, est-elle aussi rationnelle que la disposition de l'article 1284 sur la remise tacite?

Il nous paraît permis d'en douter.

La renonciation à un droit ne doit pas, en général, se présumer; et lorsque le créancier, s'adressant seulement à l'un des débiteurs, déclare lui faire remise, où donc est la nécessité d'étendre l'effet de cette remise à d'autres qu'à celui auquel il a déclaré vouloir la faire?

Il est vrai que, en droit romain, *l'acceptilatio* faite par le créancier à l'un des *correi promittendi*, libérait tous les autres.

Mais c'est que *l'acceptilatio* était une remise solennelle, une espèce de payement fictif, *imaginaria solutio*, dont les effets étaient assimilés à ceux du payement. (L. 2, ff. *De duobus reis*.)

Nous n'avons, dans notre droit français, rien de pareil; et si l'on voulait emprunter au droit romain une analogie en cette matière, c'était bien plutôt au *pactum de non petendo*, qu'il fallait la demander!

Ce pacte était, en effet, une simple convention de remise, comme la nôtre; aussi, les jurisconsultes romains n'en faisaient-ils pas eux-mêmes toujours dériver une libération absolue; et pour savoir si le pacte *de non petendo* fait par le créancier avec l'un des *correi promittendi*, était *in rem*, ou *in personam*, ils voulaient que l'on examinât quelle avait été l'intention du créancier. (L. 21, et L. 25, § 1, ff. *de Pactis*.)

Telle était aussi, dans notre ancien droit, la doctrine de Pothier :

« La remise que le créancier ferait de la dette à l'un des débiteurs solidaires, disait-il, libérerait aussi les autres, s'il paraissait que le créancier, par cette remise, a eu l'intention d'éteindre la dette en total.

« S'il paraissait que son intention a été seulement d'éteindre la dette quant à la part pour laquelle celui à qui il en a fait remise, en était tenu vis-à-vis de ses codébiteurs, et de décharger du surplus de la dette la personne de ce débiteur, la dette ne laissera pas de subsister, pour le surplus, dans les personnes de ses codébiteurs. » (n° 275.)

D'où il résultait que, dans le doute, la remise était *in personam*.

Voilà ce qui était juridique et équitable.

Notre Code, en déclarant, au contraire, que la remise serait *in rem*, a fait, suivant nous, une application extrême et très-dure de la règle que chacun des codébiteurs est censé être le seul représentant de la dette ; application, qui, en matière de remise, peut aller souvent au-delà de l'intention du créancier.

Quoi qu'il en soit, la diposition nouvelle est positive ; et c'est au créancier à réserver expressément ses droits contre les autres débiteurs, s'il veut ne faire remise qu'à l'un d'eux. (Comp. *supra*, n° 458.)

397. — Eh bien ! donc, le créancier, faisant une remise à l'un des débiteurs, a réservé ses droits contre les autres.

La remise n'est que de la part du débiteur à qui elle a été faite.

Mais de quelle part ?

Est-ce de la part virile ?

Est-ce de la part réelle ?

J'ai trois codébiteurs solidaires d'une somme de 12 000 fr. qui sont intéressés inégalement dans l'affaire : Paul pour 6000 fr. — Pierre pour 4000 fr. — et Jacques pour 2000 fr.

J'ai fait remise à Paul de sa part.

Est-ce de 4000 fr. sa part virile? — ou de 6000 fr. sa part réelle?

C'est une question, que nous avons déjà rencontrée dans la solidarité active et qui a soulevé, dans la solidarité passive, les mêmes dissidences.

D'après M. Rodière, la remise doit toujours être censée de la part virile. (n° 74.)

Mais qu'adviendrait-il dans ce système, si la part virile excédait la part réelle? est-ce que, si j'avais fait remise de sa part à Jacques, qui n'est tenu réellement que pour 2000 fr. dans la dette, la remise serait de 4000 fr.? elle profiterait donc aux autres codébiteurs, à qui je ne l'ai pas faite!

Cela est inadmissible!

Delvincourt enseigne, en sens contraire, que la remise est toujours censée faite de la part réelle (t. II, p. 573).

Ce qui ne nous paraît pas moins inadmissible; car il en pourrait résulter que la remise dépasserait la volonté du créancier, s'il avait ignoré que la part réelle de celui à qui il la faisait, excédait sa part virile!

Ces deux solutions sont donc trop absolues; et nous maintenons la solution que nous avons déjà proposée, à savoir : que c'est là une question d'intention, à décider, en fait, d'après la volonté vraisemblable du créancier.

Le créancier a-t-il connu la position respective des débiteurs les uns envers les autres?

On devra généralement décider que la remise est de la part réelle.

L'a-t-il ignorée?

On devra décider qu'elle est de la part virile.

Si rien, dans les circonstances du fait, ne révèle s'il a connu ou s'il a ignoré la part de chacun d'eux dans la dette, on devra décider que la remise sera de la part virile, qui est la part apparente, dont chacun d'eux est présumé tenu. (Comp. Toullier, t. III, n° 307; Marcadé,

art. 1285; Mourlon, qui cite en ce sens Valette, t. II, n° 1269; Larombière, t. II, art. 1285, n° 16.)

598. — 4° Parmi les modes d'extinction des obligations, la compensation est certainement l'un de ceux, qui apparaît d'abord, avec le caractère le plus énergique et le plus absolu.

D'après l'article 1290, en effet :

« La compensation s'opère, de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. »

Il semblerait donc que la compensation doit, dans les obligations solidaires, jouer le même rôle que le payement; puisqu'elle n'est elle-même qu'un payement fictif de part et d'autre.

Pierre et Paul sont débiteurs solidaires envers Jacques, d'une somme de 1000 fr.

Et Jacques devient débiteur de Pierre, d'une somme égale.

Voilà donc Pierre libéré, envers le créancier commun, de plein droit, par la seule force de la loi.

Or, si Pierre est libéré, est-ce que Paul ne doit pas l'être, puisqu'il n'y a, pour tous les deux ensemble, qu'une seule dette?

Cette déduction sera, en effet, très-vraie, si Jacques, le créancier de la dette solidaire, en a demandé le payement à Pierre, c'est-à-dire à celui des codébiteurs dont il était lui-même débiteur, et que celui-ci lui ait opposé la compensation.

Si Jacques venait, après cela, demander à Paul, l'autre codébiteur, le payement de la dette solidaire, Paul serait, sans aucun doute, fondé à lui répondre que cette dette éteinte à l'égard de Pierre, par la compensation qu'il lui a opposée, a été du même coup éteinte à son égard.

La compensation, dans une telle hypothèse, devient donc une *exception commune*. (Comp. Rouen, 30 juin 1810, Sirey, 1811, II, 111; Cass., 24 déc. 1834, Dev., 1835, I, 141; Pothier, n° 274; Toullier, t. III, n° 732; Duranton, t. XII, n° 431; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 20; Colmet de Santerre, t. V, n° 142 *bis*, II.)

599. — Mais supposons (cette hypothèse sera même la plus fréquente) que Jacques, le créancier, s'adresse à Paul, c'est-à-dire à celui des codébiteurs solidaires, dont il n'est pas lui-même le débiteur.

Paul pourra-t-il opposer à Jacques la compensation de ce que lui, le créancier, doit à Pierre son codébiteur?

La négative est certaine, d'après le texte de l'article 1294:

« La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal;

« Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution;

« *Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.* »

Mais pourquoi donc?

Puisque la compensation a lieu, de plein droit, même à l'insu des parties; Pierre a été libéré de plein droit envers Jacques, à l'instant où il est devenu lui-même son créancier.

Et par conséquent, Paul a été lui-même aussi libéré.

Si on exige, pour que Paul soit libéré, que Pierre ait opposé la compensation à Jacques, il n'est plus vrai de dire que la compensation s'est opérée de plein droit entre Pierre, l'un des codébiteurs solidaires, et le créancier!

Il y a donc contrariété de principes entre l'article 1290 et l'article 1294: le premier, disposant que la compensation opère instantanément l'extinction de la dette par la seule force de la loi; tandis que le second dispose qu'elle ne l'opère qu'après qu'elle a été opposée par l'une des parties à l'autre!

Cette objection ne manque certainement pas de gravité.

Mais si grave qu'elle puisse paraître, on voit qu'elle n'a point prévalu.

Et il n'en est que plus intéressant de bien préciser les motifs qui ont déterminé le législateur à édicter la solution contraire dans l'article 1294 :

1° Il en est un, que nous voulons mettre en relief, parce qu'il éclaire cette disposition d'une vive lumière, et qu'il fournit le moyen de solution d'une difficulté, à laquelle l'article 1294 a donné lieu, et qui est encore l'objet d'une vive controverse dans la doctrine (*infra*, n°s 400-401).

Le motif qui sert, disons-nous, à expliquer cet *alinéa* de l'article 1294, est historique; il est puisé dans les travaux préparatoires.

Ce troisième *alinéa* n'existait pas dans l'article (185) du projet, qui n'en renfermait que deux, dans lesquels il n'était question que de la caution et du débiteur principal. (Comp. Fenet, t. XIII, p. 32.)

Il fut ajouté, d'après les observations du Tribunat, que Fenet reproduit en ces termes :

« Si l'on pouvait opposer la compensation de ce qui serait dû à un autre qu'à soi-même, quoique cet autre fût un codébiteur solidaire, ce serait donner lieu à des difficultés sans nombre; ce tiers se trouverait engagé, malgré lui, dans des procès désagréables; il faudrait examiner, contradictoirement avec lui, si la dette existe, jusqu'à quel point elle existe, si elle est susceptible de compensation, etc...; il est naturel que la compensation n'ait lieu, entre deux personnes, que pour ce qu'elles se doivent directement l'une à l'autre; tels sont les motifs de l'addition proposée. » (Fenet, *loc. supra cit.*, p. 162-163.)

Ainsi, ce que le Tribunat a voulu empêcher, c'est l'immixtion, et, en quelque sorte, l'*inquisition* de l'un des codébiteurs solidaires dans les affaires particulières de ses codébiteurs et du créancier; l'immixtion téméraire,

qui pourrait devenir une source *de procès désagréables*, et bien souvent servir aussi de prétexte pour gagner du temps et retarder injustement la satisfaction qui est due au créancier.

Voilà le motif que le législateur lui-même a donné de sa disposition.

2° Ce motif, d'ailleurs, n'est pas le seul par lequel cette disposition puisse être expliquée.

La vérité est qu'elle paraît aussi conforme aux principes de la solidarité.

Si, en effet, la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, le débiteur principal, lui! ne peut pas opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution;

Or, chacun des débiteurs solidaires est débiteur principal envers le créancier; ce n'est qu'entre eux que les codébiteurs sont cautions les uns des autres.

Mais envers le créancier, chacun d'eux est, disons-nous, pour le tout, débiteur aussi principal, en quelque sorte, que s'il était seul débiteur.

D'où il suit qu'il ne peut pas plus que tout autre débiteur principal, opposer la compensation de ce que le créancier doit à un autre.

Cette déduction est exprimée, d'une manière particulièrement significative, dans l'article 1294, qui, après avoir disposé, dans le second paragraphe, que :

« *Le débiteur principal* ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. »

Ajoute, dans le troisième paragraphe :

« *Le débiteur solidaire* ne peut *pareillement* opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. »

Telle était aussi la doctrine de Pothier :

« Un débiteur solidaire, disait-il, étant, vis-à-vis du créancier, débiteur du total, lorsqu'il paye le total, ce n'est point vis-à-vis du créancier qu'il paye les parts de

ses codébiteurs ; il paye ce qu'il doit lui-même ; et par conséquent, il ne peut opposer en compensation que ce qui lui est dû à lui-même, et non ce qui est dû à ses codébiteurs ; c'est sur cette raison qu'est fondée la décision de Papinien, en la loi 10 au Digeste, *de Duobus reis* » (n° 274).

3° Enfin, il est de la nature de l'obligation solidaire que la chance qui en résulte, pour chacun des débiteurs, d'être contraint de faire l'avance du total de la dette, pèse également sur chacun d'eux (art. 1200) ; leur convention tacite, lorsqu'ils ne s'en sont pas autrement expliqués, a été, en effet, certainement d'établir, entre eux, une parfaite égalité de situation.

Or, cette égalité serait rompue, si l'un des codébiteurs pouvait opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur ; car toute éventualité disparaîtrait, aussitôt que l'un des débiteurs deviendrait créancier du créancier ; car ce serait désormais fatalement à lui qu'incomberait la nécessité de faire l'avance, pour les autres débiteurs.

Eh bien ! on a pu considérer que ce n'est pas le hasard ni la volonté des débiteurs eux-mêmes, qui doit décider lequel d'entre eux fera l'avance, et que ce doit être, dans tous les cas, la libre volonté du créancier.

Voilà les motifs par lesquels la disposition de l'article 1294 nous paraît devoir être expliquée.

Il en résulte que la compensation, non encore opposée, ne fournit qu'une *exception personnelle*, opposable seulement par celui des débiteurs qui se trouve créancier du créancier.

400. — Si l'un des codébiteurs ne peut pas opposer, pour le tout, la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur, ne peut-il pas au moins l'opposer pour la part dont le codébiteur, qui est lui-même créancier du créancier, est tenu personnellement dans la dette ?

Pierre et Paul étant débiteurs solidaires de 1000 francs envers Jacques, Pierre devient créancier envers Jacques d'une somme égale.

Si Jacques demande à Paul le payement des 1000 francs, total de la dette solidaire, Paul ne pourra pas lui opposer la compensation pour le total, soit 1000 francs.

Cela est bien entendu.

Mais peut-il lui opposer la compensation pour la moitié, soit 500 francs, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la part dont Pierre est tenu dans la dette ?

C'est demander si la compensation, dans laquelle nous venons de reconnaître une *exception personnelle*, n'a pas même encore un caractère de plus, et si elle n'est pas *purement personnelle*.

Cette question, qui était controversée dans notre ancien droit, est encore, dans notre droit nouveau, l'objet de vives dissidences.

Un parti considérable enseigne que la compensation n'engendre qu'une exception personnelle, et qu'elle peut être opposée par le débiteur pour la part, que doit, en définitive, supporter dans la dette commune, celui de ses codébiteurs qui est créancier du créancier.

Telle était la solution de Domat (Lois civ., Part. I, liv. III, tit. III, sect. 1, art. 8).

Pothier, qui ne trouvait pas *tout à fait concluante* la raison que Domat en avait fournie, s'y ralliait néanmoins par une raison d'utilité pratique (n° 274).

Et, parmi les modernes, cette doctrine est encore appuyée sur des autorités imposantes (comp. Toulouse, 14 août 1818, Sirey, 1819, II, 220; Cass., 24 déc. 1834, Dev., 1835, I, 141; Delvincourt, t. II, p. 507; Toullier, t. III, n° 733, et t. VII, n° 377; Duranton, t. XII, n° 430; Marcadé, art. 494; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 20; Rodière, n° 81; Larombière, t. III, art. 1294, n° 5.)

401. — La doctrine contraire est, toutefois, à notre avis, la seule vraie; et nous espérons pouvoir démontrer.

en effet, soit d'après le texte de la loi, soit d'après son motif essentiel, que le codébiteur ne peut pas plus opposer, pour une partie que pour le tout, la compensation de ce que le créancier doit à son débiteur :

1° Le texte même de la loi nous paraît d'abord, formel.

Aux termes de l'article 1294 :

« Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. »

Or, le débiteur qui prétend opposer la compensation au créancier, du chef de son codébiteur, même seulement pour la part dont celui-ci est tenu dans la dette, oppose certainement, du moins pour cette part, *la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur;*

Donc, sa prétention est repoussée par l'article 1294.

Cet article est absolu ; il ne distingue pas entre la compensation pour une part et la compensation pour le tout.

Ce qu'il prohibe, c'est le fait de la compensation.

Et on ne saurait l'admettre, même pour une part, sans une violation flagrante, suivant nous, de la lettre même de la loi.

2° Ce n'est pas *la lettre* seulement que nous invoquons, c'est aussi *l'esprit de la loi;* c'est le motif essentiel qui a déterminé le législateur à l'édicter, et qui témoigne que c'est bien intentionnellement qu'il a donné à l'article 1294 cette formule absolue.

Les rédacteurs du Code n'ignoraient pas, sans doute, l'ancienne doctrine de Domat, que Pothier critiquait tout en l'admettant ; et s'ils avaient voulu l'admettre, ils s'en seraient expliqués ; surtout ils n'auraient pas employé des expressions qui en sont exclusives.

Mais ce n'est pas par une simple induction que la volonté des rédacteurs de l'article 1294 se révèle ; c'est par leur déclaration formelle!

Quel motif les a portés à édicter cette disposition ?

Nous l'avons déjà dit (*supra*, n° 399), ils ont déféré à

cette observation du Tribunat que, si le codébiteur solidaire pouvait opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur, celui-ci serait exposé à des procès désagréables, et qu'il fallait éviter cette immixtion de l'un dans les affaires privées de l'autre ; immixtion qui pourrait être aussi un moyen de retarder injustement le payement du créancier.

Or, ce motif s'oppose à la compensation partielle aussi énergiquement qu'à la compensation totale !

Voilà bien ce que le tribun Mouricault déclarait dans l'Exposé des motifs au Corps législatif :

« Il n'y a, disait-il, que les exceptions personnelles à chacun ou à quelques-uns des autres codébiteurs, que le codébiteur solidaire ne puisse opposer; *il en faut conclure qu'il ne peut opposer la compensation des créances qui lui sont étrangères. Domat cependant embrasse et défend l'opinion contraire ; mais Pothier, tout en l'adoptant, observe et prouve que les motifs n'en sont pas concluants ; c'est donc avec raison que le projet a rejeté cette opinion.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 566.)

Peut-on rien voir de plus clair !

3° Ces arguments sont tels, qu'ils ne sauraient être ébranlés par ceux de la doctrine contraire, si sérieux qu'ils puissent paraître.

Ajoutons d'ailleurs que les arguments qu'elle invoque, sont loin d'avoir la gravité que ses partisans y attachent.

On prétend que la doctrine que nous proposons n'est pas susceptible d'application, et *viendrait se briser devant les faits !* (Marcadé, Larombière, *loc. supra cit.*)

Pierre et Paul étant débiteurs solidaires, envers Jacques, d'une somme de 1000 fr., Pierre est devenu créancier, envers Jacques, d'une somme égale.

Eh bien ! dit-on, que va-t-il arriver, si Paul, attaqué par Jacques le créancier commun, ne peut pas lui opposer la compensation, jusqu'à concurrence des 500 fr. qui forment la part de Pierre dans la dette ?

Il arrivera que Paul, en payant les 1000 fr. à Jacques, deviendra créancier de Pierre, son codébiteur, pour lequel il fait une avance de 500 fr.

Or, Jacques étant lui-même débiteur de Pierre, Paul pourra, comme créancier de celui-ci, former une saisie-arrêt entre ses mains.

C'est-à-dire que Jacques sera tenu de lui rendre les 500 fr., au moment même où il les recevra !

N'est-il pas plus simple qu'il ne les reçoive pas, et que Paul les garde! cela ne revient-il pas tout à fait au même?

Mais vraiment non, cela ne revient pas au même!

Et M. Demangeat, en reprenant Pothier, qui avait fait cet argument, a pu dire que *c'était là une grave méprise qui lui était échappée* (p. 281).

Tout autre est, en effet, la saisie-arrêt; et tout autre la compensation.

Le droit de *saisir-arrêter* n'entraîne nullement le droit de *compenser*.

La saisie-arrêt ne crée aucun privilége au profit du saisissant, qui vient, comme les autres créanciers, par contribution au marc le franc.

Tandis que la compensation, par sa nature même, implique, au profit de celui qui peut l'opposer, un payement intégral, sans contribution avec les autres créanciers. (Comp. les art. 1290, 1298.)

Ce n'est donc pas du tout la même chose que Paul paye à Jacques le total de la dette, sans déduire la part de son codébiteur, ou qu'il lui oppose la compensation jusqu'à concurrence de cette part, puisque, en payant, il va subir le concours des autres créanciers de Jacques, si celui-ci est insolvable!

Nous concluons, en conséquence, que l'article 1294 s'appose à la compensation partielle aussi bien qu'à la compensation totale.

C'est-à-dire que la compensation est, en matière de solidarité, une exception purement personnelle. (Comp.

Duvergier sur Toullier, t. IV, n° 377, note *a*; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, n° 1266, qui cite en ce sens Valette; Colmet de Santerre, t. V, n° 142 *bis*, III; Demangeat, *loc. supra cit.*)

402. — Il n'y a, pour le débiteur solidaire, dont le codébiteur est lui-même créancier du créancier, il n'y a, disons-nous, lorsque c'est à lui que le créancier s'attaque, qu'un moyen de parvenir à ce que la compensation s'opère dans son intérêt, du chef de son codébiteur.

C'est de le mettre en cause, afin qu'il puisse lui-même l'opposer, de son chef, au créancier.

Mais encore faudra-t-il que le codébiteur consente à l'opposer.

Car nous n'apercevons, pour son codébiteur, aucun moyen de l'y contraindre.

Et il résulte de l'article 1294, tel que nous venons de l'expliquer, qu'il n'en a pas le droit.

403. — 5° Voici maintenant la confusion, dont l'article 1209 détermine l'effet, dans les obligations solidaires, en ces termes :

« Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier. » (Ajout. art. 1301.)

Pierre, Paul et Jacques sont mes codébiteurs solidaires d'une somme de 12 000 fr.

Je deviens héritier de Jacques.

Et me voilà, tout ensemble, créancier et débiteur.

Quel est, sur l'obligation solidaire, à l'égard de Pierre et de Paul, l'effet de cette confusion ?

L'obligation solidaire n'est éteinte que pour la part et portion de Jacques, dont je suis devenu l'héritier, soit 4000 fr.

Elle subsiste pour les parts de Pierre et de Paul, soit 8000 fr.; et elle subsiste solidaire, telle qu'elle

était avant la confusion, qui n'a éteint l'obligation que pour la part de Jacques.

En conséquence, je pourrai demander le payement du total actuel, soit 8000 fr., à Pierre ou à Paul, sauf le recours de celui qui aura payé contre l'autre pour sa part.

C'est-à-dire que la confusion crée, en matière de solidarité, une exception personnelle.

404. — Mais, pourtant, l'article 1234 met la confusion au nombre des modes d'extinction des obligations, comme le payement, la novation et les autres, qui composent sa nomenclature !

Par quel motif donc, la confusion n'éteint-elle pas l'obligation solidaire, comme le payement ou la novation ?

C'est la question que Paul s'était faite, en droit romain :

« *Cum duo rei promittendi sint, et alteri hæres extitit creditor, justa dubitatio est utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione.* »

A quoi il répondait :

« *Et puto aditione hæreditatis, confusione obligationis eximi personam....* » (L. 71, princ., ff. *De Fidejussoribus.*)

D'où est venue cette maxime :

« *Confusio magis eximit personam debitoris ab obligatione quam extinguit obligationem.* » (Pothier, n° 276.)

C'est que, en effet, la confusion est un mode spécial d'extinction de l'obligation.

Le payement, de même que les autres modes équivalents au payement, c'est l'exécution de l'obligation ! c'est le créancier satisfait !

Très-différente est la confusion !

Il n'y a, dans le fait qui la produit, ni payement, ni rien qui équivaille au payement.

L'obligation n'y est pas exécutée du tout.

Au contraire ! ce qui la caractérise, c'est l'impossibilité qu'elle apporte à cette exécution !

On ne peut pas être créancier de soi-même, ni débiteur de soi-même.

Les deux qualités de créancier et de débiteur, lorsqu'elles se réunissent dans la même personne, se tiennent en échec et se paralysent par leur mutuelle incompatibilité.

Oui! c'est un échec, une paralysie de l'action plutôt que l'extinction de l'obligation.

Et de là cette conséquence que la confusion n'a d'effet que dans la mesure de cette impossibilité de poursuite, qui en est la seule cause.

Ce n'est pas le moment de nous arrêter d'avantage sur cette matière.

La notion que nous venons de fournir, de la confusion, suffit à justifier la double déduction que notre texte en tire, à savoir :

1° Que le créancier, devenu héritier de l'un des débiteurs solidaires, ne peut plus poursuivre les autres débiteurs pour la part de celui dont il est l'héritier;

2° Qu'il peut, au contraire, poursuivre solidairement les autres débiteurs pour le total de ce qui reste dû.

405. — L'exemple, que nous avons présenté, n'est pas, bien entendu, le seul, dans lequel la confusion puisse se produire.

L'article 1300, mieux rédigé que l'article 1209, dispose en termes généraux qu'il y a confusion, *lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne.*

Par succession, ou par tout autre événement juridique, par testament, donation, ou achat de créances, peu importe.

406. — De même, l'article 1209 n'est aussi que démonstratif, lorsqu'il suppose que l'un des débiteurs devient l'*héritier unique* du créancier, ou que le créancier devient l'*unique héritier* de l'un des débiteurs!

Est-ce à dire qu'il ne se ferait pas de confusion,

si l'un des débiteurs devenait l'*un des héritiers* pour partie du créancier, ou si le créancier devenait l'*un des héritiers* pour partie de l'*un des débiteurs?*

Assurément non !

Seulement, la confusion ne produirait son effet que dans la mesure de l'impossibilité de poursuite qui en résulterait, c'est-à-dire seulement dans la proportion des droits héréditaires de l'un des débiteurs dans la succession du créancier, ou des droits héréditaires du créancier dans la succession de l'un des débiteurs.

Ainsi, Pierre, Paul et Jacques étant mes débiteurs solidaires d'une somme de 12000 francs, je deviens héritier de Jacques pour moitié.

Ce n'est que pour la moitié de la part dont Jacques était tenu envers Pierre et Paul que la confusion éteindra l'obligation dans ma personne.

Nous exposerons toutes ces combinaisons, quand le moment en sera venu (sur les articles 1300 et 1301).

407. — Ajoutons seulement que, en outre de la part dont le débiteur, devenu héritier du créancier, ou le créancier devenu héritier du débiteur, est personnellement tenu dans la dette, il doit supporter encore sa portion contributoire dans les insolvabilités des autres codébiteurs.

Cette portion contributoire fait elle-même, en effet, partie de la dette solidaire. (Art. 1214; comp. Pothier, n° 276; Larombière, t. II, art. 1209, n° 2.)

408. — 6° *La perte de la chose due* rendant l'exécution de l'obligation impossible, constitue évidemment un moyen commun de libération pour tous les débiteurs.

A l'impossible nul n'est tenu!

Voilà le motif sur lequel l'article 1302 est fondé; et il est clair qu'aucune obligation, solidaire ou non, ne saurait survivre à la perte fortuite du corps certain qui en était l'objet.

Tous les codébiteurs sont donc alors libérés.

Ce serait le contraire si la chose avait péri, non point par cas fortuit, mais par la faute ou le fait, ou pendant la demeure de tous les débiteurs; ils continueraient tous alors d'être débiteurs de la valeur de la chose, et s'il y avait lieu, des dommages-intérêts du créancier.

Quant à l'hypothèse où la chose aurait péri par la faute ou le fait, ou pendant la demeure de l'un ou de quelques-uns des débiteurs seulement, elle est réglée par l'article 1205, dont nous nous sommes déjà occupé (*supra*, nos 342 et suiv.).

409. — 7° *La nullité ou la rescision de l'obligation* peut devenir, en matière de solidarité, un moyen purement personnel, ou un moyen personnel, ou un moyen commun.

Si la nullité ou la rescision est fondée sur l'incapacité personnelle de l'un des débiteurs, ou sur les vices de son consentement, erreur, violence ou dol, elle constitue un moyen purement personnel, en ce sens qu'elle ne peut être, en effet, opposée au créancier que par celui des débiteurs qui était incapable, ou dont le consentement à été vicié;

Sauf pour les autres codébiteurs, le droit de demander la déduction de sa part, lorsque leur codébiteur a fait prononcer, pour l'une ou l'autre de ces causes, la nullité de son obligation, suivant les distinctions que nous avons déjà présentées (*supra*, nos 386-387).

Mais, au contraire, la rescision ou la nullité devient un moyen commun, lorsqu'elle est fondée sur une cause inhérente à la dette, comme la lésion de plus des sept douzièmes au préjudice des vendeurs solidaires d'un même immeuble. (Art. 1674.)

410. — 8° Une distinction du même genre doit être faite en ce qui concerne la *condition résolutoire*, que l'article 1234 range au nombre des modes d'extinction des obligations.

La condition résolutoire affecte-t-elle l'obligation de tous les codébiteurs?

Elle est évidemment un moyen commun, qui peut être opposé par tous les codébiteurs.

Tandis qu'elle devient un moyen personnel ou purement personnel, suivant les cas, si elle n'affecte que l'obligation particulière de l'un ou quelques-uns seulement d'entre eux.

411. — 9° Reste la *prescription*, le dernier des modes d'extinction des obligations énumérés par l'article 1234.

Que la prescription forme un moyen commun, dans le cas où elle pouvait courir contre tous les codébiteurs solidaires, lorsqu'elle n'a été, en effet, interrompue contre aucun d'eux, cela est évident!

Il résulte de l'article 1206 que le sort de tous les codébiteurs est, dans ce cas, toujours le même nécessairement.

La prescription a-t-elle été interrompue contre l'un?

Elle a été, par cela même, interrompue contre les autres.

Mais, réciproquement, si elle n'a été interrompue contre aucun d'eux, elle s'est, par cela même aussi, accomplie au profit de tous!

412. — Ce que nous venons de dire de l'interruption de la prescription, faut-il le dire également de la suspension?

Et de même que la prescription, qui est interrompue contre l'un des débiteurs solidaires, est aussi interrompue contre les autres;

De même la prescription qui est suspendue contre l'un d'eux, est-elle aussi suspendue contre les autres?

Nous avons résolu affirmativement cette thèse, dans son application à la solidarité active (*supra*, nos 170-171).

Et nous croyons devoir la résoudre de même dans son application à la solidarité passive.

M. Colmet de Santerre la résout, au contraire, négativement.

« Il faut cependant, dit-il, faire des réserves sur cette solution, pour le cas où il ne s'agirait plus de l'interruption, mais de la suspension de la prescription. Si, par exemple, l'un des débiteurs est devenu l'époux du créancier (art. 2253), si l'un des débiteurs jouit d'un terme, si son obligation est suspendue par une condition (art. 2257), le débiteur au profit duquel la prescription n'a pu courir, parce qu'il était le conjoint du créancier, ou que sa dette était à terme ou sous condition, pourrait-il invoquer la prescription accomplie au profit des autres? »

Et sur la thèse ainsi posée, voici la conclusion de notre savant collègue :

« Il faut dire que, dans les hypothèses rares *où la prescription a pu courir en faveur d'un des débiteurs, sans courir au profit de l'autre*, le moyen tiré de la prescription peut être invoqué, mais pour une part seulement, la part des autres obligés, par le débiteur dont l'obligation n'est pas prescrite, et, en employant les expressions sur le sens desquelles nous sommes fixés, que ce moyen est personnel, mais non pas purement personnel. » (T. V, n° 142 *bis*, V.)

413. — Si sérieuse que cette doctrine puisse paraître, et malgré le crédit considérable qu'elle a obtenu, nous ne croyons pas qu'elle soit juridique.

M. Colmet de Santerre admet qu'il se peut, en matière de solidarité, que la prescription ne coure pas contre l'un des codébiteurs, et qu'elle coure contre les autres.

Eh bien! voilà, au contraire, suivant nous, ce qui n'est pas possible.

A notre avis, il n'y a que deux partis à prendre; et il faut nécessairement décider :

Ou que la prescription, qui est suspendue à l'égard de l'un des débiteurs, est, par cela même, suspen-

due à l'égard des autres, et qu'il en est de la suspension comme de l'interruption;

Ou que la prescription, qui s'est accomplie en faveur de l'un, peut être, dans tous les cas, invoquée par les autres, lors même qu'elle n'aurait pas pu s'accomplir en leur faveur, par suite d'une cause de suspension à eux personnelle.

Mais ce qui nous paraît inadmissible, c'est ce terme moyen, qui déclare que la prescription sera accomplie en faveur des uns, et qu'elle ne sera pas accomplie en faveur des autres.

414. — Nous espérons avoir déjà démontré que la vraie solution est dans la première partie de cette alternative; c'est-à-dire que la prescription qui est suspendue, au profit du créancier, à l'égard de l'un des débiteurs, est par cela même suspendue, à son profit, à l'égard des autres. (*Supra*, nº 171.)

Mais nous allons fortifier notre démonstration, en nous plaçant, par hypothèse, dans la seconde partie de l'alternative, afin d'établir que, si on admet que la prescription a pu s'accomplir au profit des uns, elle forme nécessairement un moyen commun qui peut être invoqué par tous les autres, même par celui-au profit duquel la prescription n'aurait pas pu s'accomplir :

1° C'est un principe fondamental de notre matière, que la libération de l'un des débiteurs entraîne la libération des autres, lorsqu'elle a lieu soit par le payement, soit par un mode d'extinction de la dette équivalant au payement, et qui l'éteint d'une manière absolue;

Or, tel est le caractère de la prescription, qui éteint en effet, la dette absolument, *erga omnes;* et la preuve en est dans l'article 2225; qui porte que :

« Les créanciers ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce. »

Donc, lorsque l'un des débiteurs peut invoquer la prescription, tous les autres codébiteurs peuvent aussi l'invoquer.

2° On objecte que le créancier n'a pas eu besoin d'interrompre la prescription pour conserver sa créance contre celui des débiteurs, à l'égard duquel elle était suspendue ; et que par conséquent, ce débiteur ne peut pas invoquer une prescription qui n'a pas pu s'accomplir à son profit.

Il est vrai !

Aussi, ce débiteur ne l'invoque-t-il pas de son chef.

Il l'invoque du chef de son codébiteur, au profit duquel la prescription s'est accomplie.

Il l'invoque, parce que la prescription accomplie forme un moyen commun, qui, en éteignant la dette pour l'un, l'éteint aussi nécessairement pour l'autre !

3° Nous ajoutons que la doctrine contraire aboutit à des conséquences inadmissibles.

Voilà donc cette obligation solidaire, cette obligation unique pour les deux codébiteurs, qui est éteinte à l'égard de l'un et conservée à l'égard de l'autre !

Comment sortir d'une telle impasse ?

Le créancier pourra-t-il demander le total de la dette à celui auquel on refuse le droit d'invoquer la prescription ?

Mais de deux choses l'une :

Ou ce codébiteur aurait, après avoir payé le total, un recours contre son codébiteur pour sa part ; et alors, celui-ci ne profiterait pas lui-même de la prescription qui lui est acquise ;

Ou il n'aurait pas de recours ; et alors, son obligation se trouverait aggravée de la manière la plus inique !

Ce sont donc là deux alternatives également impossibles !

Répondra-t-on que le créancier ne pourra demander que sa part dans la dette à celui auquel on refuse le droit d'invoquer la prescription?

C'est là, en effet, ce que répond M. Colmet de Santerre, « par analogie, dit-il, de ce que décide la loi pour le cas de remise de dette faite expressément au profit seulement de l'un des codébiteurs solidaires (art. 1285), et parce qu'il y a de grands rapports entre la renonciation à la créance qualifiée de remise de la dette, et l'abandon implicite, la renonciation tacite résultant de de la prescription.... » (*Loc. supra cit.*)

Mais est-ce bien sur une présomption de remise que repose la prescription? n'est-ce pas aussi et même principalement sur une présomption de payement?

En tous cas, quel qu'en soit le fondement, au point de vue philosophique, ce qui nous paraît certain, c'est que le législateur en a fait un moyen de libération réel et absolu!

Nous concluons donc que la prescription, si on décide qu'elle a été accomplie au profit de l'un des codébiteurs, forme un moyen commun, qui peut être invoqué par les autres.

415. — On peut voir une remarquable application de ce principe dans un arrêt que la Cour de cassation a rendu sur une espèce singulière et intéressante.

Un billet à ordre avait été souscrit par un commerçant et par un non-commerçant.

La prescription, pour l'un, était donc de cinq ans seulement, d'après l'article 189 du Code de commerce; tandis qu'elle était, pour l'autre, de trente ans, d'après l'article 2262 du Code Napoléon.

La prescription de cinq ans était déjà accomplie au profit du souscripteur commerçant, et elle aurait pu être opposée par lui, lorsque le porteur du billet s'adressa au souscripteur non-commerçant et lui en demenda le payemen intégral.

Celui-ci opposa la prescription de cinq ans, du chef de son codébiteur; et il prétendit qu'il était lui-même libéré par cette extinction absolue de la dette commune.

La Cour de Bordeaux décida que cette prétention n'était pas fondée; et son arrêt est d'autant plus notable qu'il admettait, en principe, que la prescription ordinaire forme un moyen commun entre les codébiteurs solidaires, et qu'il refusait seulement d'appliquer ce principe à la prescription spéciale édictée par l'article 189 du Code de commerce :

« Attendu que la prescription de cinq ans, établie par l'article 189 du Code de commerce, diffère, quant à sa nature et à son effet, de la prescription ordinaire ou de trente ans; que celle-ci équivaut à un payement et opère l'extinction absolue de l'obligation, sans permettre au créancier d'en appeler à la bonne foi du débiteur...; qu'il en est autrement de la prescription de cinq ans; qu'elle n'est qu'une présomption de payement, et implique, de la part du débiteur, l'affirmation qu'il a payé, puisque le créancier peut lui déférer le serment.... » (14 févr. 1849, Dupuy, Dev., 1849, II, 500; comp. les *Observations* de l'arrêtiste, *h. l.*)

Mais la Cour suprême n'a pas même admis cette restriction; et elle a cassé l'arrêt de la Cour de Bordeaux :

« Attendu que le codébiteur solidaire, poursuivi par le créancier, peut, aux termes de l'article 1208, opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et qu'il faut ranger dans la classe de ces exceptions celles qui résultent des différents modes d'extinction des obligations[1]; — que, à la différence des exceptions purement personnelles, qui ont seulement pour effet de décharger la personne du débiteur, en laissant subsister la dette, ces autres exceptions ont pou effet d'éteindre la dette elle-même; — qu'elles appartiennent donc à tous le débiteurs solidaires, puisque la dette ne peut cesser d'exister à l'égard des uns, sans

1. Nous ne croyons pas que cette appréciation soit exacte, au point de vue de la classification théorique du législateur. (Comp. *supra*, n° 380.)

cesser d'exister à l'égard des autres; — Attendu que la prescription quinquennale, fondée sur une présomption de payement, a pour effet d'éteindre la dette; — que c'est, par conséquent, une exception résultant de la nature de l'obligation; — qu'ainsi la demanderesse pouvait l'opposer, conformément à l'article 1208 du Code Napoléon.... » (8 déc. 1852, Brulatour, Dev., 1852, I, 795.)

Voilà les vrais principes!

416. — Ils sont si importants, que nous voulons en présenter encore une application, très-intéressante aussi, et qui nous paraît de nature à les affermir.

Cette application nous est fournie par la controverse qui s'agite entre les interprètes du droit commercial, sur l'article 64 du Code de commerce.

Cet article est ainsi conçu :

« Toutes actions contre les associés non liquidateurs, et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution, a été affiché et enregistré conformément aux articles 42, 43, 44 et 46, et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire. »

Pierre, Paul et Jacques ont contracté une société commerciale, en nom collectif.

Ils sont, par conséquent, débiteurs solidaires de tous les engagements de la société (art. 22 du Code de commerce).

La société est dissoute; l'acte de dissolution a été régulièrement publié et enregistré.

Et l'un des associés, Pierre, a été nommé liquidateur.

Depuis cette formalité remplie, cinq ans sont écoulés sans qu'aucune poursuite ait été exercée contre aucun d'eux.

Tel est le fait que l'article 64 prévoit, et sur lequel il

décide que toutes actions *contre les associés non liquidateurs* sont prescrites.

Voilà donc Paul et Jacques, qui ne sont pas *liquidateurs*, libérés par la prescription de toute action relative aux dettes solidaires sociales.

Mais Pierre, le *liquidateur*, est-il aussi libéré de ces dettes solidaires ?

Non, d'après une doctrine qui est appuyée sur les plus imposants suffrages.

L'article 64 n'établit, dit-on, cette prescription exceptionnelle de cinq ans qu'en faveur *des associés non liquidateurs*.

Donc, *l'associé liquidateur* ne peut pas l'invoquer.

Donc, les créanciers de la société ont le droit de lui demander solidairement le payement intégral des dettes sociales ; de le lui demander, non pas seulement en sa qualité de liquidateur, sur les valeurs qui forment l'actif social, mais même en sa qualité d'associé, sur tous ses bens personnels présents et à venir; et cela, lors même que, par le laps de cinq ans, ils sont devenus non recevables à le demander aux non-liquidateurs; en un mot, dit Pardessus, à leur égard, le nombre des associés débiteurs est réduit aux seuls associés liquidateurs. (*Cours de droit commercial*, t. III, n° 1090, édition de 1857, publiée par M. de Rozière; comp. Rouen, 24 mars 1847, Baudu, Dev., 1849, II, 691 ; Delvincourt, *Inst. de droit commerc.*, t. II, p. 67; Troplong, *des Sociétés*, t. II, n° 1051; Bédarride, t. II, n° 70.)

C'est bien là, comme on voit, notre question.

Voilà une prescription, que l'on déclare accomplie pour quelques-uns des débiteurs solidaires, qui seraient libérés, et non accomplie pour les autres, qui ne seraient pas libérés.

Eh bien, nous n'admettrons cette thèse en aucune rencontre, pas plus dans le droit commercial que dans le droit civil.

Que va-t-il advenir avec cette solution ?

La dette dont les trois associés, Pierre, Paul et Jacques, étaient solidairement tenus, s'élevait, par exemple, à 300,000 francs.

Paul et Jacques, non liquidateurs, sont libérés par la prescription.

Et néanmoins, on prétend que Pierre ne l'est pas, et qu'il est resté, lui ! après comme avant, débiteur solidaire.

Mais alors le voilà donc obligé de payer, à lui seul, les 300,000 francs.

Résultat inique et certainement inadmissible !

Aussi les partisans de la doctrine que nous entreprenons de combattre ne l'admettent-ils pas.

Pardessus, en effet, se pose cette question :

« Lorsque les créanciers poursuivent ainsi un associé liquidateur et le font condamner, celui-ci a-t-il le droit d'agir en garantie ou en remboursement contre ses anciens associés non liquidateurs? »

Et il répond :

« Nous n'en doutons pas. »

Ce qui le conduit à cette autre conséquence que les créanciers, qui ne sont plus fondés à agir contre les non-liquidateurs directement, peuvent encore les poursuivre du chef du liquidateur. » (*Loc. supra cit.*)

C'est-à-dire que le savant interprète du Code de commerce arrive finalement à déclarer soumis encore aux actions sociales, les associés à l'égard desquels le texte formel de l'article 64 déclare que TOUTES ACTIONS *sont prescrites.*

Le texte formel de la loi est donc manifestement violé.

Et les principes qui gouvernent la solidarité ne le sont pas moins.

C'est, en effet, un principe fondamental de la solidarité, que la dette commune, lorsqu'elle est éteinte pour

l'un des codébiteurs, est en même temps nécessairement éteinte pour tous les autres!

Telle est aussi la réponse de Bravard-Veyrières, qui déclare inadmissible *cette libération d'un côté, et cette non-ibération de l'autre...; c'est là, dit-il, une vérité élémentaire démontrée par l'article* 1208. » (*Traité de Droit commercial,* t. I, p. 455-456.)

Mais alors quelle est donc la véritable interprétation de l'article 64 du Code de commerce?

Elle est, suivant nous, très-simple.

Ce qui résulte de cet article, c'est que, après les cinq ans, tous les associés, liquidateurs ou non liquidateurs, peuvent invoquer la prescription.

Et si l'associé liquidateur demeure soumis encore aux actions des créanciers, tant que la prescription du droit commun n'est pas accomplie, c'est seulement à celles qui dérivent de sa qualité de liquidateur, et qui ont pour but, en effet, d'obtenir le payement de ses obligations de liquidateur, et non pas d'obtenir, sur ses biens personnels, le payement des dettes de la société.

Est-ce que tous les associés ne seraient pas libérés par la prescription de cinq ans, si, au lieu de nommer l'un d'eux liquidateur, ils avaient nommé un tiers étranger à la société?

L'affirmative nous paraît évidente, malgré le dissentiment de M. Bédarride (t. II, n° 692).

Or, comment se pourrait-il que le liquidateur associé fût d'une condition différente et bien pire que le liquidateur non associé?

Et comprendrait-on que le choix de l'un ou de l'autre produisît une différence si profonde dans la durée de la prescription et dans les droits de toutes les parties!

Nous avions donc raison d'annoncer que l'article 64 du Code de commerce apporte une preuve nouvelle à l'appui de notre thèse, que la prescription, lorsqu'elle est accomplie pour l'un des débiteurs solidaires, forme tou-

jours un moyen commun, qui peut être invoqué par les autres. (Comp. Malpeyre et Jourdain, *Traité des Sociétés commerciales,* p. 343 et suiv.; Alauzet, t. I, nos 290-291; Demangeat sur Bravard-Veyrières, *loc. supra cit.,* p. 453.)

417. — Au point où nous en sommes, nous pouvons conclure par cette règle, qu'il nous suffira d'énoncer; à savoir : que tout arrangement, transaction ou autre, par suite duquel la dette commune se trouve éteinte envers le créancier, à l'égard de l'un des débiteurs, a nécessairement aussi pour résultat de l'éteindre à l'égard des autres.

Car chacun d'eux a certainement le pouvoir de faire, au nom de ses codébiteurs, tous les arrangements qui peuvent améliorer la condition commune; et, la dette qui est éteinte pour l'un, *in rem,* ne saurait subsister pour les autres, puisqu'il n'y a qu'une seule dette... *una res vertitur!*

II.

Des rapports des codébiteurs les uns envers les autres.

SOMMAIRE.

418. — Exposition.
419. — L'obligation, qui est solidaire dans les rapports des débiteurs avec le créancier, est simplement conjointe dans les rapports des débiteurs entre eux. — Conséquence.
420. — Division.
421. — A. Quelle est la cause du recours, que celui des codébiteurs, qui a satisfait le créancier peut exercer contre ses codébiteurs? — Et dans quels cas ce recours a-t-il lieu?
422. — Suite.
423. — Suite.
424. — Suite.
425. — Le recours peut être exercé par le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée *en entier.* — Explication.
426. — Suite.
427. — Le codébiteur solidaire pourrait-il agir contre ses codébiteurs, même *avant* d'avoir rien payé au créancier?
428. — Peut-il même toujours agir contre eux, *après* avoir payé?
429. — B. En quoi consiste le recours de celui des codébiteurs, qui a fait le payement? Et quelle en est l'étendue? — Distinction.

430. — I. Du cas, où tous les codébiteurs sont intéressés dans l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement.
431. — Suite.
432. — Suite.
433. — Suite.
434. — La perte résultant de l'insolvabilité de l'un des débiteurs, se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement. — Explication.
435. — Suite.
436. — Suite.
437. — La décharge de la solidarité accordée par le créancier à l'un des codébiteurs, n'empêche pas que ce codébiteur ne doive supporter aussi sa part dans les insolvabilités.
438. — Mais la perte qui en résulte, doit-elle être définitivement supportée par lui? Ne doit-elle pas, au contraire, être supportée par le créancier, qui l'a déchargé de la solidarité?
439. — Suite.
440. — Suite.
441. — Suite.
442. — Il faut comprendre dans le recours, que le codébiteur, qui a payé le total, peut exercer contre ses codébiteurs, les intérêts de son avance, à compter du jour du payement — Explication.
443. — *Quid*, des frais que l'un des codébiteurs aurait faits lui-même ou auxquels il aurait été condamné?
444. — Celui des codébiteurs solidaires, qui n'a payé la dette qu'en partie, peut-il, d'ores et déjà, exercer un recours proportionnel contre ses codébiteurs?
445. — Suite.
446. — Suite.
447. — II. Du cas où un seul des débiteurs est intéressé dans l'affaire pour laquelle la dette a été contractée. — Exposition.
448. — Suite.
449. — Suite.
450. — Suite.
451. — Suite.
452. — C. Le recours, que le codébiteur qui a payé peut exercer contre ses codébiteurs, est-il accompagné de certaines garanties? — Et desquelles?

418. — Nous venons d'examiner les effets de la solidarité dans les rapports du créancier envers les codébiteurs.

Supposons maintenant que le créancier est satisfait.

Il n'y a plus en scène que les codébiteurs.

Quels rapports résultent, entre eux, de la solidarité, qui les lie les uns envers les autres?

C'est ce qui nous reste à examiner.

419. — Ce second aspect de notre sujet est tout différent du premier.

Tandis que, dans ses rapports avec le créancier, chacun des codébiteurs solidaires est débiteur principal de la totalité, comme s'il en était seul débiteur *pour soi*, dit Pothier;

Tout au contraire ! dans ses rapports avec ses codébiteurs, il n'est tenu, pour soi, que d'une part dans la dette ; et ce qu'il a payé d'excédant, il l'a payé pour ses codébiteurs, contre lesquels il peut exercer un recours, afin de recouvrer l'avance qu'il a faite.

En un mot, l'obligation qui est *solidaire* dans les rapports du créancier envers les codébiteurs, est simplement *conjointe* dans les rapports des codébiteurs entre eux.

Il est donc naturel que celui, qui a payé au créancier la part des autres, ait le droit d'exercer un recours contre eux.

Voilà, en effet, ce que décide l'article 1213 en ces termes :

« L'obligation contractée solidairement *envers le créancier,* se divise de plein droit *entre les débiteurs*, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.... »

420. — Afin d'exposer le plus clairement possible les conditions, et, si l'on peut dire ainsi, le mécanisme de ce recours, nous examinerons successivement les trois points suivants; à savoir :

A. — Quelle en est la cause? — et dans quels cas il a lieu?

B. — Ce qu'il comprend ; — et quelle en est l'étendue.

C. — S'il est accompagné de certaines garanties, — et desquelles?

421. — A. La cause du recours que peut exercer contre ses codébiteurs, celui d'entre eux qui a payé la dette, est bien simple.

C'est le payement même qu'il a fait des parts et portions de ses codébiteurs, c'est-à-dire d'une dette, qui n'était pas la sienne ; c'est l'avance qu'il a faite dans l'intérêt de ceux qui en étaient les débiteurs, et auxquels il a procuré leur libération.

De ce payement naît, à son profit, une créance nouvelle, qui puise sa cause première dans la convention, ou dans la disposition de la loi qui a établi la solidarité.

La convention, en effet, ou la disposition de la loi par laquelle la solidarité est établie, a presque toujours ce caractère qu'elle devient, dans son dénoument, le principe générateur d'un recours : soit qu'il s'agisse d'une affaire commune, dans laquelle les coïntéressés se constituent mandataires les uns des autres, la vente, par exemple, ou l'acquisition d'une chose indivise, l'emprunt d'une somme, qu'ils se partagent entre eux, ou une société, soit qu'il s'agisse d'un simple cautionnement.

Et de là les causes diverses de ce recours, *mandat*, *société*, *cautionnement*, en exécution desquels le payement est fait par l'un en l'acquit des autres (comp. art. 1852, 1999, 2028).

422. — Voilà, suivant nous, juridiquement la vraie cause, ou plutôt la cause unique de ce recours.

Pothier, toutefois, enseignait qu'il peut avoir deux causes, et que celui des débiteurs qui a payé le total, peut agir en répétition contre son codébiteur :

Soit du chef du créancier, lorsqu'il *s'est fait céder ses actions ; car*, *alors*, disait-il, *il est censé, en quelque façon, plutôt acheter la créance du créancier*, *pour le surplus*, *contre ses codébiteurs*, *que l'avoir acquittée* (nos 280, 281).

Soit de son propre chef, lorsqu'il n'a pas demandé la cession des actions du créancier (n° 282).

Et il traitait, en effet, de ces deux causes distinctes de recours et de ces deux actions différentes, dans deux paragraphes séparés.

La même distinction est encore reproduite par les auteurs modernes;

Avec cette différence seulement, qui ne change rien quant au point dont il s'agit, que la distinction, qui était appliquée par Pothier à la *cession des actions*, que le codébiteur pouvait, dans notre ancien droit, exiger du créancier, est appliquée par eux *à la subrogation légale*, qui l'a remplacée dans notre droit nouveau (art. 1251, 3°).

« Il peut agir, à cet effet (le codébiteur, qui a payé), dit Demante, *soit comme subrogé aux droits du créancier, soit par une action en recours qui naît de la société formée entre les coobligés, ou du mandat qu'ils se sont réciproquement donné* (t. V, n° 147).

M. Colmet de Santerre approuve également cette décomposition en deux actions de l'action du codébiteur, qui a éteint la dette ; et son avis est que le droit au recours a, en effet, un double fondement (*h. l.* n° 147 *bis* II; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 23; Larombière, t. II, art. 1214, n° 7).

Pour notre part, la thèse ainsi formulée ne nous paraît pas juridique.

Ce n'est pas le moment d'entrer dans cette difficile théorie du payement avec subrogation.

Mais nous voulons pourtant faire, dès à présent, nos réserves.

La subrogation légale n'est, en effet, à notre avis, qu'un moyen de recouvrement de la créance née du payement qui a été fait par l'un des codébiteurs.

Ce n'est pas elle qui engendre cette créance, laquelle existe en dehors d'elle et indépendamment d'elle.

La subrogation garantit le recours.

Mais la cause de ce recours est toujours la même; à savoir : un payement pour autrui!

423. — Voilà pourquoi nous pensons que le débiteur, qui a payé, a, dans tous les cas, un recours contre

les autres débiteurs, quelle que soit l'espèce de solidarité qui existe entre eux, conventionnelle ou légale, et lors même qu'il s'agit de celle, qui est établie par l'aticle 55 pu Code pénal, contre les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit. (Comp. *supra*, n° 245.)

Outre ce double motif :

1° Que le texte de la loi, qui établit le recours, dans l'article 1213, ne fait aucune distinction ;

2° Et qu'il serait inique que le hasard ou la fantaisie du créancier fît porter sur un seul, ou sur l'un plutôt que sur l'autre, tout le poids d'une dette qui pèse finalement sur tous;

Nous ajoutons ce motif, qui est, en ce moment, le nôtre, à savoir : que le recours dont il s'agit n'a pas pour cause le crime ou le délit commis en commun; il a pour cause le payement fait par l'un d'une dette, qui était aussi celle de l'autre.

On ne saurait donc opposer à celui qui a payé le total, qu'un fait illicite ne peut être l'objet d'un mandat, ni créer une action au profit de celui qui en est l'auteur.

Il pourrait, avec raison, répondre que le payement, d'où son action dérive, n'est pas un fait illicite, et que, après avoir, en payant le tout, procuré à l'autre débiteur, sa libération, il est fondé à agir contre lui, en recouvrement de son avance, sinon comme mandataire, du moins comme gérant d'affaire (arg. des art. 1236, 1374).

424. — Aussi, notre avis est-il qu'il ne doit pas exister de différence entre le recours des autres codébiteurs solidaires et le recours de ceux entre lesquels la solidarité existe, en vertu de l'article 55 du Code pénal.

La doctrine contraire est, toutefois, enseignée par M. Colmet de Santerre, qui pense « qu'il ne faudrait pas appliquer à ceux-ci l'article 2001 ni leur conférer le droit d'obtenir les intérêts de leurs avances, en dehors

des conditions de l'article 1153 ; car nous ne pouvons pas voir, dit-il, dans des codélinquants des mandants et des mandataires.... » (T. V, n° 147 *bis* IV.)

Mais si cet argument était admis, où conduirait-il logiquement?

Il conduirait à refuser tout recours à celui qui a fait le payement!

Or, notre savant collègue lui-même désavoue cette conséquence (*loc. supra*, art. 147 *bis* III).

N'est-il donc pas logique et même équitable aussi, puisque le recours est admis dans ce cas de solidarité comme dans les autres, qu'il produise, en effet, dans ce cas, comme dans les autres, les mêmes conséquences!

425. — D'après l'article 1214, le recours peut être exercé par le codébiteur d'une dette solidaire, *qui l'a payée en entier*.

Payée..., c'est-à-dire *éteinte*, en satisfaisant, de quelque manière que ce soit, le créancier. (Comp. art. 1200.)

Pourvu, bien entendu, que la libération des autres débiteurs en résulte définitivement. (Comp. Larombière, t. II, art. 1214, n° 2.)

426. — *En entier*, dit notre texte.

Est-ce que le codébiteur, qui n'aurait payé la dette solidaire *qu'en partie*, ne pourrait pas exercer de recours contre les autres?

Telle n'est certainement pas, suivant nous, la pensée du législateur!

Si le législateur suppose que la dette a été payée en entier, c'est qu'il veut, dans cet article, déterminer la portée du recours de celui qui a payé; de manière à le restreindre, en effet, à la part et portion dont chacun des autres est tenu dans la dette.

Mais il n'a pas eu et il n'a pas pu avoir l'intention de refuser le recours à celui qui aurait payé seulement une partie de la dette; car celui-là n'en a pas moins fait,

due concurrence, une avance dans l'intérêt des autres, auxquels il a procuré leur libération pour partie.

Dans quelle proportion le recours pourra-t-il alors être exercé ?

C'est ce que nous allons bientôt examiner (*infra*, nos 444 et suiv.).

Ce que nous voulons seulement décider ici, c'est qu'il y a lieu, dans ce cas, à un recours.

427. — Bien plus, on a mis en question si le codébiteur solidaire ne peut pas agir contre son codébiteur, même avant d'avoir rien payé.

En d'autres termes, si l'article 2032, qui autorise la caution à agir, dans certains cas, contre le débiteur, *même avant d'avoir payé*, doit être appliqué aux codébiteurs solidaires.

C'est ainsi que M. Larombière demande s'ils peuvent, avant d'avoir payé, agir les uns contre les autres, afin d'être indemnisés des sommes pour lesquelles, en cas de payement, ils auraient un recours à exercer.

Et le savant auteur répond :

« Pourquoi ne le pourraient-ils pas ?.... Pour tout ce qui excède sa part contributive dans la dette, chaque codébiteur solidaire est, par rapport à ses consorts, réputé simple caution.... ; il est le vrai mandataire de ses consorts; et en cette qualité, il a droit d'exiger d'eux qu'ils l'aident et l'assistent dans l'exécution de son mandat, en lui procurant, suivant l'étendue de leurs obligations personnelles, les moyens d'y satisfaire.... » (T. II, art. 1216, n° 3.)

Tel est aussi le sentiment de notre honoré collègue, M. Rodière (n° 131).

Cette doctrine pourtant ne nous paraît juridique ; et notre avis est, au contraire, que l'un des codébiteurs ne peut, même après l'échéance de l'obligation, tant qu'il n'a pas payé, agir contre ses codébiteurs pour les con-

traindre à contribuer, avec lui, au payement de la dette commune :

D'une part, en effet, le texte même de l'article 1214 qui est fait tout exprès, dans notre matière, pour organiser le recours du codébiteur d'une dette solidaire contre ses codébiteurs, ne l'accorde qu'à celui des codébiteurs *qui l'a payée.*

Et d'autre part, la différence qui distingue la solidarité du cautionnement, s'oppose, suivant nous, à ce que l'on puisse y appliquer, par analogie, la disposition de l'article 2032.

La caution ne s'engage envers le créancier, que dans l'intérêt du débiteur principal ; le mandat, qu'elle contracte de payer, le cas échéant, elle ne le contracte que dans l'intérêt du mandant.... *mandantis tantum gratia.* (Inst., *De mandato,* § I.)

Très-différent est le codébiteur solidaire, lorsqu'il s'engage, envers le créancier, à payer le total de la dette; le mandat qu'il contracte à cet effet, il le contracte dans son propre intérêt et dans l'intérêt de ses codébiteurs.... *sua gratia et mandantis.... (Loc. supra cit.,* § 2.)

Or, ce mandat, qui forme l'une des clauses constitutives de l'obligation contractée en commun, ce mandat irrévocable, en quoi consiste-t-il ?

Il consiste precisément en ceci : que chacun d'eux s'engage à faire l'avance de la portion des autres.

Donc, ce serait de la part d'un codébiteur solidaire violer la convention que de prendre les *devants,* en quelque sorte, sur le créancier, pour forcer son codébiteur à payer, d'avance, chacun sa part ! (Comp. Riom, 18 août, 1840, Bausset, Dev., 1840, II, 419; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 24.)

428. — Le codébiteur solidaire n'a donc pas le droit d'agir contre ses codébiteurs, *avant* d'avoir payé.

Nous ajoutons qu'il se pourrait qu'il n'eût pas même

le droit d'agir *après*, et que le recours qu'il exercerait contre son codébiteur dût être déclaré mal fondé.

C'est ce qui arriverait, dans le cas où le payement fait par lui n'aurait pas tourné à leur profit, par suite d'une faute de sa part;

Si, par exemple, il avait négligé de les en prévenir et qu'ils eussent eux-mêmes, ensuite, payé une seconde fois le créancier.

Auquel cas, le recours contre les autres codébiteurs appartiendrait non pas à celui qui aurait payé le premier, mais à celui qui aurait payé le second, comme si le premier payement n'avait pas eu lieu.

Nous croyons, en effet, avec M. Larombière (t. II, art. 1214, n° 3-4), qu'il y a lieu d'appliquer, entre les codébiteurs solidaires, la disposition que l'article 2031 applique entre la caution et le débiteur principal.

Objectera-t-on que l'article 2031 n'est pas plus rappelé dans notre section que l'article 2032, dont nous venons de repousser l'application en matière de solidarité (*supra*, n° 427)?

Il est vrai!

Mais l'article 2031, à la différence de l'article 2032, n'est pas une disposition spéciale; il exprime un principe de droit commun, le grand et universel principe que les articles 1382 et 1383 consacrent, de la responsabilité, pour chacun, du dommage qu'il a causé, par son fait ou par sa négligence.

429. — B. En quoi consiste le recours de celui qui a fait le payement? et quelle en est l'étendue?

A cet égard, il faut distinguer deux hypothèses:

I. Celle où tous les codébiteurs sont intéressés dans l'affaire, pour laquelle la dette a été contractée solidairement;

II. Celle où l'un des codébiteurs est seul intéressé, et point les autres.

430. — I. Examinons d'abord l'hypothèse, en effet,

la plus ordinaire, où tous les codébiteurs ont un intérêt dans l'affaire pour laquelle la dette commune a été contractée.

Dans ce cas, aux termes de l'article 1214:

« Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que la part et portion de chacun d'eux.

« Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité, se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement. »

Ainsi, c'est la répartition proportionnelle de la dette solidaire entre chacun des codébiteurs, eu égard à son intérêt dans l'affaire, qui détermine la mesure du recours que celui qui l'a payée, peut exercer contre les autres.

Pierre, Paul, Jacques et Jules doivent solidairement 12 000 fr.

Et Pierre a payé toute la dette.

Eh bien! à supposer que les parts et portions de chacun soient égales dans l'affaire pour laquelle elle a été contractée, on voit de suite de quelle manière Pierre pourra exercer son recours contre chacun de ses trois codébiteurs.

Il pourra demander à Paul 3000 fr., à Jacques 3000, et de même 3000 à Jules.

C'est-à-dire que le recours se fractionne en autant de parts qu'il y a de codébiteurs.

Ce fractionnement et cette répartition, que l'article 1214 consacre expressément, était d'ailleurs déjà consacré implicitement par l'article 1213, qui porte que :

« L'obligation contractée solidairement envers le créancier, se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux, que chacun pour sa part et portion. »

431. — Cette part et portion d'intérêt dans l'affaire est naturellement présumée égale, pour chacun des débiteurs, sauf la preuve contraire.

D'où il suit que chacun d'eux est, en effet, soumis au recours de celui qui a fait le payement, pour une part égale et virile, *pro numero virorum*.

Mais la preuve contraire peut être faite; et alors chacun d'eux est soumis au recours dans la proportion, plus forte ou plus faible, de l'intérêt, qu'il avait dans l'affaire, pour laquelle la dette a été contractée. (Arg. de l'art. 1216; *infra*, n° 447.)

Si donc, dans une dette de 12 000 fr., contractée solidairement par quatre débiteurs, l'un d'eux avait un intérêt de moitié; tandis que les trois autres n'avaient chacun, qu'un intérêt d'un 6me, le recours serait mesuré proportionnellement, contre chacun, en raison de sa part.

Si le payement des 12 000 fr. avait été fait par celui qui a un intérêt de moitié, il ne pourrait exercer son recours que pour 6000 fr.; et ce recours, il devrait l'exercer divisément pour 2000 fr., contre chacun des trois autres.

Et si le payement avait été fait par l'un des trois autres, celui qui l'aurait fait, aurait un recours de 10 000 fr., qu'il exercerait, savoir: contre l'un, pour 6000 fr., et contre les deux autres, chacun pour 2000 fr.

432. — Mais comment expliquer scientifiquement cette répartition proportionnelle du recours du débiteur solidaire, qui a payé le total, contre chacun de ses codébiteurs?

Est-ce qu'il ne devrait pas, au contraire, pouvoir exercer son recours, aussi pour le total, contre chacun d'eux, déduction faite seulement de la part et portion dont il était lui-même tenu dans la dette?

En effet, aux termes de l'article 1251 3°, le codébiteur solidaire, qui a payé, est subrogé légalement aux droits du créancier;

Or, le créancier avait le droit de demander le total à chacun des débiteurs;

Donc, celui d'entre eux qui l'a payé, devrait aussi

avoir le droit de demander le total aux autres, sa part seulement confuse et déduite.

Le syllogisme est en forme; et il paraît avoir, en effet, beaucoup embarrassé nos anciens.

« C'est une question controversée entre les docteurs, dit Pothier, si l'un des quatre codébiteurs solidaires, qui a payé le total de la créance avec subrogation, peut agir solidairement, sous la déduction du quart seulement dont il était tenu pour soi-même, et pour lequel il n'a pu être subrogé, ou s'il ne peut agir contre chacun d'eux que pour leur quart. »

« La question a été jugée anciennement pour la première opinion. Mais néanmoins les nouveaux arrêts ont jugé pour la deuxième opinion. »

Il n'est pas sans intérêt de connaître l'explication, qu'il donne de ce revirement :

« La raison en est qu'autrement il se ferait un circuit d'actions; car celui de mes codébiteurs, à qui j'aurais fait payer le total de la créance, ma part déduite, aurait droit, en payant, d'être pareillement subrogé aux droits du créancier, sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu; et, en vertu de cette subrogation, il aurait droit d'exiger de moi, sous la déduction de sa part, ce qu'il m'aurait payé, puisque je suis tenu moi-même de la solidarité. Je ne pourrais pas dire, pour me défendre de ce circuit, que je ne suis plus débiteur, ayant payé le créancier; car, au moyen de la subrogation, le payement que j'ai fait, n'a éteint la dette que pour la part dont j'étais tenu pour moi-même, et non pour le surplus; au moyen de la subrogation, j'ai plutôt acquis la créance du créancier pour le surplus, que je ne l'ai payée.... » (N° 281.)

Mais cette raison, que fournit Pothier, n'est pas la seule qui puisse expliquer la division des recours; nous oserons même dire qu'elle n'est pas la meilleure ni la plus décisive.

La raison décisive, suivant nous, c'est que le codébiteur, qui a payé avec subrogation, n'en a pas moins éteint la dette commune, pour les parts de ses codébiteurs comme pour la sienne.

C'est de ce payement même, en effet, que sont nées, à son profit, autant de créances nouvelles et distinctes, pour recouvrer divisément contre chacun de ses codébiteurs l'avance qu'il a faite.

Et voilà ce qui nous fait dire que, dans la vérité, il n'a pas deux actions : l'une, de son chef; l'autre, du chef du créancier.

Il n'a qu'une action unique; et il l'a uniquement de son chef!

Or, s'il en est ainsi, si le codébiteur solidaire, qui a payé, n'a pas la même créance que le créancier, il est tout simple qu'il ne puisse agir solidairement contre chacun de ses codébiteurs.

Nous ajoutons qu'un autre obstacle encore s'y oppose, à savoir : l'obligation réciproque de garantie qui lie mutuellement les codébiteurs solidaires les uns envers les autres, et qui doit, en effet, s'opposer, de la part de l'un d'eux, à toute action qui tendrait à causer aux autres un dommage dont il leur devrait lui-même la réparation! or, ce serait, assurément, leur causer un dommage, que de les contraindre à payer au delà de la part, dont chacun d'eux est tenu, *pour soi*, dans la dette.

C'est l'explication que nous avons fournie de l'article 875, d'après lequel :

« Le cohéritier ou successeur universel, qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part dans la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers ou successeurs universels, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier, qui a payé la dette, se serait fait subroger aux droits des créanciers.... »

Et c'est la même explication qui doit être, suivant nous, fournie de l'article 1214, à savoir : que le codébiteur solidaire, qui serait tenu d'indemniser son codébiteur de ce qu'il aurait payé au créancier au delà de sa part et portion dans la dette, ne saurait lui-même le forcer à lui faire un payement au delà de cette part! « .... *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* » (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 80.)

433. — Cette explication suffit à prouver que la subrogation conventionnelle ne saurait avoir plus d'effet que la subrogation légale.

Lors même donc que le codébiteur, qui a payé le total au créancier, aurait obtenu que celui-ci le subrogeât, par une convention spéciale, à ses droits et actions contre les autres codébiteurs, l'article 1214 n'en serait pas moins applicable; et le débiteur ne pourrait agir encore contre chacun de ses codébiteurs que divisément pour sa part et portion.

Est-ce qu'il est possible, en effet, que, par une convention qui est son fait, il se décharge lui-même de l'obligation de garantie dont il est tenu envers ses codébiteurs?

Evidemment non!

Et voilà bien ce que dispose l'article 875, qui doit régir également les rapports réciproques des codébiteurs solidaires. (Comp. notre *Traité* précité, n° 82; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 23; Larombière, t. II, art. 1214, n° 1; Colmet de Santerre, t. V, n° 148 *bis*, II.)

434. — C'est encore l'obligation réciproque de garantie qui explique pourquoi la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des débiteurs, se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement. (Comp. art. 1214 et 876.)

La solidarité, quelle qu'en soit l'origine, établit tou-

jours une sorte de société entre les codébiteurs; or, il est de règle, en matière de société, que chacun des associés supporte sa part dans les pertes communes; et tel est le caractère de la perte qu'occasionne, également à tous les autres codébiteurs, l'insolvabilité de l'un d'eux, dont, en effet, tous les autres se sont également engagés à payer la part et portion au créancier.

Il serait, d'ailleurs, fort inique que la perte résultant de cette insolvabilité, fût supportée exclusivement par celui des codébiteurs, que le hasard ou la volonté, plus ou moins capricieuse, du créancier a forcé de faire l'avance du total, dans l'intérêt des autres !

Pierre, Paul et Jacques devaient solidairement 12000 fr.

Pierre a payé le total au créancier.

Et quand il va demander à Paul le remboursement de sa part, 4000 fr., Paul est insolvable.

Eh bien! les 4000 fr. qui forment cette part, seront payés moitié par Pierre, et moitié par Jacques, qui supporteront ainsi chacun 6000 fr.

Ce résultat est à la fois juridique et équitable. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 78; Pothier, n° 281.)

435. — Mais quelle est l'insolvabilité dont les autres débiteurs sont responsables?

Est-ce seulement celle qui existait déjà au moment où l'un d'eux a fait le payement de la dette commune?

Est-ce même celle aussi qui serait survenue postérieurement?

La généralité apparente de l'article 1214 pourrait, à première vue, peut-être autoriser à croire qu'il s'applique à l'insolvabilité postérieure aussi bien qu'à l'insolvabilité antérieure ou concomitante au payement.

Notre avis est, toutefois, que cette solution ne serait pas juridique et que le législateur, dans cet article, n'a en vue que l'insolvabilité, qui existait déjà au moment où l'un des débiteurs a satisfait le créancier.

La preuve en résulte du texte de l'article :

« Si l'un des débiteurs *se trouve* insolvable, la perte *qu'occasionne son insolvabilité*, se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et *celui qui a fait le payement.* »

Cette rédaction, par sa forme même, se rapporte à l'insolvabilité existante au moment actuel, et à l'heure présente, où l'un des codébiteurs fait le payement.

C'est que, en effet, la créance de recours naît elle-même à ce moment ; et le payement, qui la fait naître, en détermine, par suite aussi, à ce moment, le *quantum* contre chacun de ceux, qui en sont tenus; de sorte que chacun des autres codébiteurs a désormais un droit acquis à sa libération, en tenant compte seulement des insolvabilités alors existantes.

Que celui des codébiteurs qui paye le total, en soit donc averti, et qu'il exerce sans retard son recours, s'il craint des insolvabilités nouvelles. (Arg. de l'art 2028 ; comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 78 ; Rodière, n° 136 ; Larombière, t. II, art. 1214, n° 9.)

436. — La répartition de la perte résultant des insolvabilités doit évidemment avoir lieu de la même manière que la répartition du recours pour la part et portion des codébiteurs solvables.

De même, en effet, que le premier alinéa de l'article 1214 dispose que le recours de celui qui a payé, doit être exercé contre chacun de ses codébiteurs, *pour sa part et portion* ;

De même, le second alinéa dispose que la perte résultant de l'insolvabilité de l'un d'eux, se répartit entre tous les autres *par contribution.... contributoirement*, dit aussi l'article 1215.

C'est la même règle ! et très-justement; car la perte résultant des insolvabilités ne fait, en définitive, que grossir le *quantum* du recours, sans en changer le caractère.

En conséquence, les parts et portions des codébiteurs dans la dette étaient-elles égales?

La perte résultant des insolvabilités sera supportée également, comme dans l'exemple que nous venons de présenter (*supra*, n° 434).

Si, au contraire, les parts et portions des codébiteurs dans la dette étaient inégales, la perte résultant des insolvabilités sera supportée, par chacun, au prorata d la part et portion, dont il était tenu. (Comp. Larombière, t. II, art. 1214, n° 9; Colmet de Santerre, t. V, n° 149 *bis*, 11.)

437. — D'après l'article 1214, c'est entre *tous les autres codébiteurs* et celui qui a fait le payement, que se répartit la perte résultant des insolvabilités.

Et l'article 1215 ajoute :

« Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier. »

Au point où nous en sommes, cette disposition est facile à expliquer; car elle n'est que la conséquence d'un principe qui nous est maintenant bien acquis.

Nous avons reconnu, en effet, que si chacun des débiteurs solidaires doit être, dans ses rapports envers le créancier, considéré comme débiteur principal et même unique de toute la dette, il n'appartient pourtant pas au créancier de changer, par son fait, les rapports réciproques des codébiteurs entre eux, ni de détruire le recours que celui qui a payé, a le droit d'exercer contre les autres.

C'est ainsi que le créancier, qui a fait à l'un des débiteurs une remise personnelle, ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui, auquel il a fait la remise. (Art. 1285 ; *supra*, n° 394.)

Or, il en doit être de la remise de la solidarité comme de la remise de la dette; l'une ne saurait, plus que l'au-

tre, porter atteinte aux droits et aux obligations réciproques, que la solidarité a créés entre les codébiteurs.

Donc, cette remise, de quelque manière qu'elle soit faite, ne peut avoir pour résultat de faire supporter par les autres codébiteurs non déchargés de la solidarité, la part afférente dans les insolvabilités au débiteur que le créancier en a déchargé.

Pierre, Paul et Jacques doivent solidairement 12 000 francs à Jules.

Jules a déchargé Pierre de la solidarité.

Et Paul est insolvable.

Supposons que la perte résultant de son insolvabilité est de 4000 francs, parce que tous les trois sont également intéressés dans l'affaire pour laquelle la dette a été contractée.

Par qui doit être supportée cette perte?

Il est évident que Jacques n'est pas tenu de la supporter tout entière.

Si Pierre, son codébiteur, n'avait pas été déchargé de la solidarité, la perte aurait été supportée par chacun d'eux, pour moitié, soit 2000 francs. »

Et puisque la décharge de la solidarité faite par le créancier à Pierre ne peut pas lui nuire, Jacques ne doit supporter, après cette décharge comme avant, que la moitié de la perte, 2000 francs.

C'est donc Jules le créancier, qui a fait la remise, ou Pierre le débiteur, à qui la remise a été faite, qui doit supporter l'autre moitié de la perte, résultant de l'insolvabilité du troisième débiteur, Paul.

438. — C'est, disons-nous, l'un ou l'autre.

Mais lequel?

Est-ce le créancier?

Est-ce le débiteur?

La question est très-controversée.

Ou plutôt nous devons reconnaître que la grande majorité des auteurs, dans la doctrine, enseigne que cette

perte doit être supportée par le créancier, qui a déchargé le débiteur de la solidarité :

1° Tel était, dit-on, dans notre ancien droit, le sentiment de Pothier, qui affirmait même comme une règle certaine, que le créancier qui a déchargé l'un des codébiteurs de la solidarité, peut agir encore solidairement contre les autres, *sous la déduction de la part de celui qu'il a déchargé, et de ce que celui qu'il a déchargé* AURAIT ÉTÉ TENU *de porter, pour sa part, des portions de ceux d'entre les autres codébiteurs, qui seraient insolvables* (n° 275).

2° On ajoute que cette solution dérive, en effet, logiquement des principes les plus certains.

Le créancier qui a déchargé, sans réserve, l'un des débiteurs de la solidarité, l'a, par conséquent, déchargé de tous les effets passifs et onéreux que la solidarité pouvait produire contre lui.

Or, la solidarité produit ce double effet, à savoir :

1° Qu'elle oblige chacun des débiteurs à payer le total et à faire l'avance des parts de ses codébiteurs;

2° Qu'elle l'oblige à supporter sa part dans la perte résultant de leur insolvabilité.

Donc, la décharge de la solidarité doit également affranchir de l'un et de l'autre de ces effets le débiteur à qui elle a été faite.

Donc, ce débiteur peut désormais se considérer comme un débiteur simplement conjoint ; et il est fondé à croire qu'aucun recours, du chef des autres débiteurs, pour quelque cause que ce soit, ne pourra le contraindre à payer au delà de sa part et portion dans la dette.

D'autant plus, dit M. Rodière, que le créancier ne renonce guère à l'action solidaire, vis-à-vis de l'un des débiteurs, qu'à l'occasion d'un avantage, d'une anticipation de payement, par exemple (comp. Delvincourt, t. II, p. 510 ; Toullier, t. III, n° 739 ; Duranton, t. XI, n° 731 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 24, 25 ;

Mourlon, *Repét. écrit.*, t. II, n° 1278; Rodière, n° 138; Larombière, t. II, art. 1215, n° 2).

439. — Malgré le succès que cette doctrine a obtenu, et sans vouloir méconnaître la gravité des arguments qu'elle invoque, notre avis est pourtant qu'elle n'est pas juridique.

Qu'elle ait été celle de Pothier dans l'ancien droit, nous en convenons.

Mais ce que nous espérons aussi pouvoir prouver, c'est qu'elle n'est pas celle de notre Code, dans le droit nouveau :

1° Et d'abord, cette preuve nous paraît résulter du texte même de l'article 1215.

On ne saurait, en effet, admettre qu'une seule et même expression, qui gouverne également deux membres d'une seule et même phrase, n'ait pas également aussi le même sens dans l'un et dans l'autre;

Or, il est certain que, dans le premier membre de phrase de l'article 1215, cette expression : *entre tous les débiteurs,* a ce sens que la portion des insolvables sera supportée par tous les codébiteurs eux-mêmes; dire, en effet, qu'une perte *sera contributoirement répartie entre plusieurs personnes*, c'est dire aussi clairement que possible que cette perte sera bien et dûment supportée par chacune d'elles, *pour soi;*

Donc, tel est aussi, dans le second membre de phrase de l'article 1215, le sens de cette expression : *même* ENTRE CEUX *précédemment déchargés de la solidarité par le créancier.*

Cet argument est, suivant nous, d'autant plus décisif, que toute cette partie de notre section, depuis l'article 1213 jusques à l'article 1216, règle uniquement les rapports des codébiteurs les uns envers les autres, sans aucune intervention du créancier.

En vain donc, on prétend dans l'intérêt de la doctrine contraire, que :

« Si l'article 1215 ordonne la répartition de la part du débiteur insolvable entre tous les débiteurs solvables sans exception, c'est uniquement pour indiquer que le créancier ne conserve son action solidaire contre les débiteurs non déchargés que sous la déduction des portions contributives des débiteurs déchargés, portions dont les premiers cessent d'être tenus, parce que, par le fait du créancier, ils ne peuvent plus avoir, à cet égard, de recours à exercer contre les seconds. » (Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

Nous venons, au contraire, de démontrer, par la construction grammaticale de notre texte, qu'il ne s'agit pas, pour les débiteurs déchargés de la solidarité, de figurer pour mémoire seulement et pour faciliter l'opération arithmétique de la répartition de la perte qui résulte des insolvabilités.

Pas du tout!

Ils y figurent, très-réellement, comme les autres débiteurs, pour leur propre compte *et chacun pour soi.*

Autrement, on en est réduit à soutenir que les mots : *la portion des insolvables sera contributoirement répartie,* ont, dans le même article, deux sens différents, suivant qu'ils se rapportent aux débiteurs qui sont encore tenus solidairement, et à ceux qui ont été précédemment déchargés de la solidarité.

Ce qui nous paraît absolument inadmissible!

Aussi, l'un des dissidents convient-il *que, à s'arrêter au sens littéral de l'article,* la doctrine, que nous combattons, semble être, en effet, contraire au texte de la loi.

2° Mais ce n'est pas seulement le sens littéral qui y résiste!

C'est aussi l'intention formellement exprimée du législateur lui-même.

Voici, en effet, en quels termes M. Bigot-Préameneu a expliqué la disposition de l'article 1215, dans l'*Exposé des motifs* de notre titre :

« .... C'est, entre tous les débiteurs, un lien de droit, que le créancier n'est pas le maître de rompre; et, s'il divise la dette à l'égard des codébiteurs, *on ne doit pas en conclure qu'il ait interverti les recours respectifs des codébiteurs entre eux;* la division de la dette n'a pu être consentie ni acceptée que sauf le droit d'autrui; *ainsi, le codébiteur déchargé de la solidarité envers le créancier, a dû compter qu'il lui restait encore une obligation à remplir à l'égard de ses codébiteurs, en cas d'insolvabilité de quelques-uns d'entre eux.* » (Fenet, t. XIII, p. 255.)

Peut-on rien trouver de plus positif!

3° Nous ajoutons, enfin, que la disposition de l'article 1215, ainsi expliquée, ne détruit pas, comme on le prétend, la décharge de la solidarité.

Cette décharge n'en produit pas moins encore cet effet considérable, que celui des débiteurs à qui elle a été accordée, est désormais assuré qu'il ne sera pas tenu de payer le total de la dette, c'est-à-dire de faire l'avance des parts de ses codébiteurs; avance qui pourrait, en raison de sa situation pécuniaire, être pour lui très-onéreuse et très-difficile.

Et pourquoi la décharge de la solidarité ne va pas plus loin et n'exonère pas le débiteur, à qui elle est accordée, de sa portion contributive dans les insolvabilités, on peut l'expliquer d'une manière aussi satisfaisante.

Le législateur, sans doute, aura considéré que cette décharge, après tout, est, de la part du créancier, la renonciation à un droit, et qu'elle ne doit pas être étendue, en cas de doute; il n'y a vu, en conséquence, qu'une convention, par laquelle le débiteur déchargé de la solidarité, se trouve seulement dispensé de faire l'avance du total de la dette; ce qui correspond bien, d'ailleurs, à l'effet dominant de la solidarité!

Cela, certes, n'a rien d'excessif contre le débiteur!

Car il est libre, ce débiteur, à qui la décharge de la solidarité est accordée, de stipuler du créancier qu'elle soit

plus complète et qu'elle s'étende même à sa portion contributive dans les insolvabilités!

Mais, dans le silence de la convention, nous concluons que la décharge de la solidarité ne s'étend pas à cette portion contributive! (Comp. Marcadé, art. 1215; Colmet de Santerre, t. V, n° 150 *bis*, I.)

440. — Une objection encore toutefois, très-grave en apparence, et que, précisément à cause de son apparente gravité, nous avons à cœur d'aborder, peut s'élever contre notre doctrine.

Supposons que tous les débiteurs sont insolvables, tous les débiteurs, excepté seulement celui-là qui a été déchargé de la solidarité par le créancier.

Pierre, Paul et Jacques me devant solidairement 12 000 fr., j'ai déchargé Pierre de la solidarité.

Et puis, voilà que Paul et Jacques deviennent insolvables; de façon que je ne puis rien obtenir d'eux!

Pourrais-je, alors, demander le total à Pierre, que j'ai déchargé de la solidarité?

Nous ne nous dissimulons pas l'avantage, que les partisans de la doctrine, que nous combattons, pourraient tirer, contre nous, d'une telle hypothèse!

Voilà, en vérité, une belle décharge de la solidarité, si on décide que le créancier peut encore demander le tout, à celui-là même des débiteurs auquel il l'a accordée!

Eh bien! pourtant, nous le déciderons ainsi! parce que telle est la conséquence logique et nécessaire de la disposition de l'article 1215, telle que nous croyons avoir établi que le législateur l'a édictée.

D'une part, en effet, si celui des trois débiteurs qui a été déchargé de la solidarité, est encore tenu de supporter, pour moitié, la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des deux autres, la conséquence inévitable en est qu'il doit être tenu de supporter, pour le tout, la perte résultant de l'insolvabilité des deux autres. Si Pierre, qui a été déchargé de la solidarité, doit supporter, pour

moitié avec Paul, sa portion contributive dans l'insolvabilité de Jacques, comment ne devrait-il pas supporter seul la perte résultant de l'insolvabilité de Jacques et de Paul !

Et, d'autre part, qu'importe que le débiteur, qui a été déchargé de la solidarité, soit poursuivi au moyen d'une action en recours par ses codébiteurs, qui auraient fait l'avance de sa part contributoire, ou qu'il soit poursuivi directement par le créancier lui-même? Quel serait le motif pour refuser au créancier cette action directe, contre le débiteur, qui demeure toujours tenu des insolvabilités ! (Comp. Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*)

441. — Telle est notre doctrine sur l'effet de la décharge de la solidarité.

Ce que nous voulons ajouter toutefois, c'est que nous appliquons surtout cette doctrine aux insolvabilités futures, c'est-à-dire à celles qui surviennent dans la personne de l'un ou de plusieurs des autres débiteurs, postérieurement à la décharge de la solidarité, qui a été accordée à l'un d'eux par le créancier.

Voilà bien, en effet, ce qui paraît résulter des termes mêmes de l'article 1215, lorsqu'il répartit la perte résultant des insolvabilités *même entre ceux* PRÉCÉDEMMENT *déchargés de la solidarité.*

Quant aux insolvabilités actuelles, c'est-à-dire à celles qui existaient déjà dans la personne des autres débiteurs, la question de savoir si la décharge de la solidarité en exonère celui à qui elle a été accordée, serait, suivant nous, une question de fait et d'intention.

Le créancier connaissait-il ces insolvabilités ?

On pourra décider qu'il a entendu remettre à celui qu'il déchargeait de la solidarité, tout ce dont il était tenu actuellement, par suite de cette solidarité;

Tandis qu'il en serait autrement, dans le cas contraire, et si le créancier n'avait pas connu les insolvabilités actuelles des autres débiteurs.

442. — Il faut comprendre dans le recours du débiteur qui a payé, les intérêts, à partir du jour du payement, de l'avance qu'il a faite des portions contributoires de chacun de ses codébiteurs ;

Et cela, sans distinguer si la dette solidaire produisait elle-même ou ne produisait pas des intérêts.

Car ce n'est pas du chef du créancier qu'il a droit aux intérêts.

C'est de son propre chef, comme associé, comme mandataire, ou comme caution, en vertu de la cause de la nouvelle créance que le payement fait naître à son profit. (Arg. des art. 1852, 2001, 2028; comp. Bordeaux, 14 juill. 1830, Dev., 1830, II, 361 ; Delvincourt, t. II, p. 503; Duranton, t. XI, n° 245; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 23; Colmet de Santerre, t. V, n° 147 *bis*, IV; Larombière, t. II, art. 1214, n° 7.)

443. — Quant aux frais que l'un des débiteurs aurait faits lui-même, et auxquels il aurait été condamné, ils ne sont pas, en général, compris dans son action en recours contre les autres débiteurs, soit parce qu'ils lui sont personnels, et qu'ils sont, en effet, la peine du téméraire plaideur ; soit parce qu'ils n'ont pas tourné à leur profit et à leur decharge.

Il est vrai que la caution a un recours contre le débiteur principal pour les frais par elle faits depuis qu'elle lui a dénoncé les poursuites dirigées contre elle. (Art. 2028.)

Mais nous avons déjà remarqué que tout autre est la situation respective des codébiteurs solidaires, obligés, chacun principalement, de payer le total au créancier, sauf à exercer un recours contre leurs codébiteurs.

Aussi, ne faut-il pas, suivant nous, admettre, sans réserve, l'amendement que M. Larombière propose en ces termes :

« Cependant, si l'un des débiteurs poursuivi par le créancier s'empressait d'offrir sa part contributive

dans la dette, et qu'en dénonçant aux autres coobligés les poursuites dirigées contre lui, il les appelât à sa garantie, pour qu'ils eussent eux-mêmes à payer leurs parts, dans ce cas, il serait fondé à se faire allouer, contre eux, non-seulement ses frais personnels, à partir de la dénonciation des poursuites, mais encore ceux auxquels il aurait été condamné envers le créancier. » (T. II, art. 1215, n° 8.)

La règle, au contraire, nous paraît être que le codébiteur, auquel le créancier demande le payement du total de la dette doit, en effet, payer le total, s'il n'a pas de moyens légitimes pour repousser sa demande ; et que, en conséquence, les frais que son retard personnel pourrait occasionner, doivent demeurer à sa charge.

Telle est, du moins, à notre avis, la règle, sauf aux magistrats à décider, en fait, si les frais faits par l'un ont tourné au profit des autres ; auquel cas, ceux-ci seraient tenus d'en supporter leur part et portion.

444. — Nous avons toujours supposé, dans les développements précédents, que le codébiteur qui exerce un recours contre ses codébiteurs, a payé la dette *en entier*.

Mais, d'ailleurs, les mêmes règles qui gouvernent le recours, et son mode de répartition, dans le cas d'un payement *total*, le gouvernent aussi dans le cas d'un payement *partiel*.

Il n'y a, en effet, ni d'après le texte de l'article 1213, ni d'après les principes, aucune raison de distinguer.

Dès là que l'un des codébiteurs a fait une avance, qui a diminué d'autant la dette commune, il a géré utilement, à due concurrence de cette avance, l'affaire des autres ; et il est juste qu'il puisse, d'ores et déjà, exercer le recours qui résulte pour lui, du contrat de société, de mandat, ou de cautionnement, qui les oblige les uns envers les autres.

C'est ce qu'exige l'égalité qui doit régner entre les co-

débiteurs solidaires, et la garantie dans les liens de laquelle ils sont réciproquement engagés.

Autrement, le payement partiel demeurerait donc, du moins jusques à ce que le restant dû fût payé, à la charge exclusive de celui d'entre eux qui l'aurait fait.

Ce qui ne serait ni juridique, ni équitable.

445. — Il est deux cas dans lesquels l'application de cette règle ne saurait soulever de difficulté, à savoir :

1° Celui où l'un des débiteurs aurait payé les intérêts ou arrérages échus, le capital lui-même n'étant pas encore exigible;

2° Celui où l'un des débiteurs aurait payé des termes échus du capital, les autres termes n'étant pas encore échus.

Dans ces deux cas, en effet, ce n'est pas même un payement partiel qu'il a fait; la vérité est qu'il a payé, en entier, toute la dette qui était alors à payer, et qui formait une dette distincte et complète dans son unité alors exigible.

446. — Le seul cas qui pourrait soulever des doutes et qui en a effectivement soulevé, est celui où l'un des débiteurs aurait payé un à-compte sur une dette actuellement exigible en entier.

Mais nous n'hésitons pas, même dans ce cas, à appliquer aussi la même règle ; et notre avis est que le débiteur aura, de suite, un recours contre chacun de ses codébiteurs, jusqu'à concurrence du montant de ce payement partiel, sans distinguer si la somme qu'il a payée, est supérieure ou inférieure à la part et portion, qu'il devra supporter lui-même définitivement dans la dette.

Voici trois codébiteurs solidaires d'une somme de 24 000 francs exigible.

L'un d'eux paye au créancier, qui veut bien l'accepter, un à-compte de 18 000 francs.

Ce qui réduit la dette à 6000 francs.

Quelle est l'étendue du recours que le codébiteur qui a payé, peut exercer contre les autres?

D'après M. Rodière, ce recours ne serait que de 5000 francs contre chacun; car celui qui a payé, était tenu, pour sa part et portion, de 8000 fr.; or, en payant 18 000 francs, il n'a payé que 10 000 fr. au delà, pour le compte de ses codébiteurs; donc, son recours doit être limité à cette somme.

« S'il a payé, dit notre savant collègue, une somme supérieure à sa part, il peut répéter tout ce qui excède cette même part.... » (n° 141).

Nous répondons qu'il peut répéter contre chacun de ses codébiteurs, une somme de 6000 francs, parce que le recours pour le payement partiel doit être gouverné par les mêmes règles qui gouvernent le recours pour le payement total.

Est-ce que, en effet, le payement partiel a été fait par le codébiteur en son seul nom, et pour sa seule part?

Évidemment non!

Il a été fait au nom de tous, et pour la part de chacun; il a été fait pour le compte de l'association des codébiteurs; et puisque c'est l'association qui en profite, c'est aussi l'association qui doit le supporter. (Comp. *supra*, n° 426; Duranton, t. XI, n° 245; Larombière, t. II, art. 1214, n° 5).

447. — II. Nous venons d'examiner l'hypothèse où tous les codébiteurs sont intéressés dans l'affaire pour laquelle la dette solidaire a été contractée.

Examinons maintenant l'hypothèse où l'un des débiteurs est seul intéressé, et point les autres (*supra*, n° 429).

L'article 1216 est ainsi conçu :

« Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement, ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérées, par rapport à lui, que comme ses cautions. »

Il suffit de poser le fait, que cet article règle, pour en fournir l'explication.

« Par exemple, disait Pothier, si Pierre, Jacques et Jean empruntent une somme d'argent, qu'ils s'obligent solidairement de me rendre, et que Pierre ait retenu la somme d'argent, Pierre est, vis-à-vis de ses codébiteurs, le seul débiteur principal.... » (n° 282).

Ainsi, l'affaire pour laquelle la dette a été contractée, ne concerne que l'un des trois débiteurs, qui se sont engagés solidairement envers le créancier; les deux autres n'ont pas profité de la somme empruntée.

Le fait ainsi posé, il est facile d'apercevoir les deux aspects différents, qu'il présente.

448. — *a.* — Dans leurs rapports avec le créancier, Jacques et Jean sont codébiteurs solidaires aussi bien que Pierre; ils ne sont pas des cautions, soit simples, soit même solidaires; ils sont des codébiteurs solidaires!

D'où il suit :

1° Qu'ils ne peuvent opposer ni le bénéfice de discussion, ni le bénéfice de division;

2° Que chacun d'eux peut être contraint de payer le total de la dette;

3° Que ni l'un ni l'autre ne peut opposer au créancier la compensation de ce qu'il pourrait devoir à Pierre.

449. — Ce n'est pas à dire pourtant que l'on ne doit jamais, même dans les rapports du créancier envers les débiteurs, tenir compte de cette situation particulière des codébiteurs, les uns envers les autres.

Les principes exigent, au contraire, que, dans certains cas, cette situation produise aussi des effets à l'encontre du créancier.

C'est ainsi :

1° Que si le créancier devenait l'héritier de celui des débiteurs, qui a seul profité de la somme empruntée, il ne pourrait exercer aucun recours contre les autres;

2° Que si, connaissant cette situation, et que l'un

d'eux, en effet, a seul profité de la somme empruntée, il lui faisait remise totale de la dette, il perdrait toute action contre les autres débiteurs, qui n'en ont pas profité.

Mais nous n'avons pas à nous occuper ici des rapports du créancier envers les codébiteurs.

La thèse, qui nous reste à compléter, concerne les rapports respectifs des codébiteurs entre eux.

450. — *b.* — Or, sur ce point, notre texte renferme une disposition, très-conforme à la vérité du fait aussi bien qu'aux principes.

Celui des codébiteurs, qui a seul profité de la somme empruntée, est tenu de toute la dette, *vis-à-vis de ses codebiteurs;*

Et ses codébiteurs ne sont considérés, *par rapport à lui*, que comme *ses cautions.*

De là les conséquences suivantes :

1° Si c'est lui qui a payé toute la dette, il ne pourra exercer aucun recours contre les autres débiteurs;

2° Si, au contraire, c'est l'un des autres débiteurs, qui a payé toute la dette, il pourra, conformément aux articles 2028 et 2029, exercer un recours pour le total de son avance contre celui, qui a seul profité de la somme empruntée;

3° Bien plus! il pourra, même avant d'avoir payé la dette, exercer, conformément à l'article 2032, dans certains cas, une action contre lui. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 24; Colmet de Santerre, t. V, n° 151 *bis*, I; Troplong, *du Cautionnement*, n° 414; Larombière, t. II, art. 1216, n° 2.)

451. — 5° Enfin, les codébiteurs, qui ne sont pas intéressés dans la dette, se trouvant cautions d'un même débiteur, il faut, par la même raison, qui fait qu'on leur applique l'article 2032, dans leurs rapports avec celui qui a seul profité de l'emprunt, leur appliquer, dans leurs rapports entre eux, l'article 2033 :

« Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion.

« Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent. »

Or, telle est la situation de ceux des codébiteurs, qui ne jouent, *par rapport au débiteur* seul intéressé dans l'affaire, que le rôle de cautions.

452. — *c.* — Nous avons demandé enfin, sur le recours, que le débiteur, qui a payé, peut exercer contre ses codébiteurs, s'il est accompagné de certaines garanties; et desquelles. (*Supra*, n° 420.)

La réponse est dans l'article 1251 :

« La subrogation (dans les droits du créancier) a lieu de plein droit :

« .... 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres, au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. »

Quel est le caractère du payement avec subrogation? Et quels en sont les effets?

Vaste thèse, et difficile, que nous aurons bientôt à examiner.

Qu'il nous suffise d'annoncer que la subrogation est, en effet, accordée de plein droit, et très-justement sans doute! au codébiteur solidaire, qui a payé toute la dette; car il l'a bien payée pour d'autres, en tant qu'il payait les parts et portions dont il était tenu, avec ses codébiteurs, et pour eux.

C. — *Comment la solidarité entre les débiteurs peut-elle cesser?*

SOMMAIRE.

455. — La renonciation, par le créancier, à la solidarité, ou en d'autres termes, la remise, la décharge de la solidarité, peut être faite soit au profit de tous les codébiteurs, soit seulement au profit de l'un ou de quelques-uns d'entre eux.
456. — Du cas où la décharge de la solidarité est faite au profit de tous les codébiteurs.
457. — Du cas où la décharge de la solidarité est faite seulement au profit de l'un ou de quelques-uns des codébiteurs.
458. — Suite.
459. — Suite.
460. — Suite.
461. — Suite.
462. — Le créancier, qui a déchargé l'un des codébiteurs de la solidarité, ne conserve son action solidaire contre les autres, que sous la déduction de la part de celui qu'il a déchargé de la solidarité.
463. — La solution qui précède, est-elle applicable même au cas où le créancier s'est borné à décharger l'un des débiteurs de la solidarité, sans payement ni remise de sa part?
464. — Suite.
465. — Suite.
466. — Suite.
467. — De la décharge tacite de la solidarité. — Exposition.
468. — A. Le premier cas, dans lequel le législateur décrète une présomption de remise tacite de la solidarité, exige le concours de trois conditions.
469. — 1° Il faut que le créancier ait reçu divisément la part de l'un des débiteurs.
470. — Suite.
471. — 2° Il faut que le créancier exprime, dans la quittance, que le payement qu'il a reçu de l'un des débiteurs, est, en effet, *pour sa part.*
472. — Suite.
473. — 3° Il faut que le créancier n'ait pas réservé, dans la quittance, la solidarité ou ses droits en général.
474. — Suite.
475. — B. Le second cas dans lequel le législateur décrète une présomption de remise de la solidarité, exige le concours de deux conditions.
476. — 1° Il faut que la demande formée par le créancier contre l'un des débiteurs, réunisse les trois conditions, qui sont exigées dans le premier cas de remise tacite.
477. — 2° Il faut que le débiteur ait acquiescé à la demande, ou qu'il soit intervenu, contre lui, un jugement de condamnation.
478. — Suite.
479. — Transition à deux autres cas de remise tacite de la solidarité.
480. — C. Le troisième cas de remise tacite de la solidarité s'applique aux arrérages ou intérêts échus de la dette. — Explication.
481. — Suite.
482. — Suite.
483. — D. Le quatrième cas de remise tacite de la solidarité s'applique aux arrérages ou intérêts à échoir et au capital. — Explication.

453. — Que la solidarité cesse par tous les modes d'extinction, qui font cesser l'obligation, à laquelle elle est attachée, cela n'a pas besoin d'être dit.

C'est l'inévitable destin de toutes les *qualités*, de s'anéantir, lorsque s'anéantit la *substance*.

Cette extinction de la solidarité, par voie de conséquence, a donc été déjà exposée par les développements, qui précèdent, et dans lesquels nous avons examiné les modes d'extinction de l'obligation solidaire.

Aussi n'est-ce pas, en effet, une question pareille que nous posons dans cette dernière partie de notre étude!

Ce que nous voulons examiner, c'est à savoir de quelle

manière la solidarité elle-même peut cesser principalement et isolément; tandis que l'obligation à laquelle elle est attachée, continuera, au contraire, d'exister.

454. — « Le droit de solidité qu'a un créancier contre plusieurs débiteurs d'une même dette, dit Pothier, étant un droit établi en sa faveur, il n'est pas douteux que, suivant la maxime : *cuique licet juri in suum favorem introducto renuntiare*, un créancier, majeur, qui a la libre disposition de ses biens, peut renoncer au droit de la solidité. » (N° 277.)

La renonciation du créancier, telle est, en effet, la cause qui peut faire cesser la solidarité, indépendamment de l'extinction de la dette.

C'est de ce mode d'extinction de la solidarité, que les articles de notre section s'occupent.

Nous aurons à voir si la solidarité ne pourrait pas cesser par l'effet d'une autre cause encore (*infra*, n° 495.)

455. — La renonciation à la solidarité, ou, en d'autres termes, qui sont aussi ceux de la loi, la remise, la décharge de la solidarité, peut être faite par le créancier :

Soit au profit de tous les codébiteurs ;

Soit seulement au profit de l'un ou de quelques-uns d'entre eux.

456. — Les rédacteurs du Code n'ont pas prévu le premier cas, celui où la remise de la solidarité est faite à tous les codébiteurs.

C'est vraisemblablement qu'ils ont considéré que la simplicité même de cette remise les dispensait d'en régler les conséquences.

Rien n'est plus simple, en effet, que cette première hypothèse.

Le créancier a fait remise de la solidarité à tous les débiteurs.

Eh bien ! la conséquence est facile à déduire !

Nous n'avons plus que des débiteurs conjoints; et cha-

cun d'eux ne pourra plus être désormais contraint que pour sa part.

La solidarité a disparu.

Il ne reste que la *conjonction,* c'est-à-dire qu'il y a désormais autant de dettes distinctes qu'il y a de débiteurs, chacun pour sa part.

Remarquons seulement que plus cette remise est complète, et plus il est nécessaire que la volonté du créancier d'y consentir soit certaine.

Car l'abandon d'un droit ne doit pas se présumer: *nemo facile donare præsumitur.* (Comp. *infra*, n° 458; L. 8, § 1, ff. *de Legat.*, 1°.)

457. — Le second cas n'est pas aussi simple.

C'est celui où la remise de la solidarité a été faite seulement à l'un ou à quelques-uns des débiteurs, et point aux autres.

Cette remise peut être faite de deux manières :

Expressément ou tacitement.

458. — Aux termes de l'article 1210 :

« Le créancier, qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur, qu'il a déchargé de la solidarité. »

Le Code détermine certaines circonstances, les plus ordinaires et les plus significatives, desquelles on est autorisé à induire le consentement tacite du créancier à la division de la dette, à l'égard de l'un des codébiteurs. (*Infra*, n°s 463 et suiv.)

Quant au consentement exprès, que le créancier peut y donner, on conçoit que le Code ne s'en soit pas occupé, précisément parce que, dans ce cas, il doit *exprès,* c'est-à-dire formel.

Il faut, en effet, qu'il soit ainsi! (Comp. *supra*, n° 456.)

Une fois qu'il est prouvé que la solidarité existe en faveur du créancier, celui des débiteurs, qui affirme que le créancier lui en a fait remise, se constiue deman-

deur ; et comme tel, c'est à lui maintenant de fournir la preuve de son affirmation. (Comp. le t. II de ce *Traité*, n° 24.)

Ce n'est pas, d'ailleurs, qu'il y ait, à cet égard, une formule sacramentelle.

La variété même des termes, que nos articles emploient, en serait, au besoin, la preuve.

Consentir à la division de la dette.... (art. 1210)...; *renoncer à la solidarité.... remettre la solidarité*.... (art. 1211) *rononcer à l'action solidaire*.... autant d'expression synonymes, qui peuvent exprimer également le consentement du créancier.

Que le créancier ait employé celles-là ou d'autres, il importe peu, dès que son consentement est certain.

459. — Eh bien ! donc, il est certain, nous le supposons, que le créancier a consenti à la division de la dette, à l'égard de l'un des codébiteurs.

Quel est l'effet de ce consentement ?

C'est ce que décide l'article 1210 ; et sa décision est notable !

La remise de la solidarité, que le créancier a faite à l'un des débiteurs, est uniquement relative à celui auquel il l'a faite ; elle est *in personam*.

Elle n'est pas *in rem*, et ne peut pas être opposée au créancier par les autres débiteurs, si ce n'est pour la part de leur codébiteur, qu'il a déchargé de la solidarité.

C'est-à-dire, pour revenir à notre terminologie, que cette remise engendre un moyen *personnel*, mais non pas purement *personnel*.

Pierre, Paul et Jacques me doivent solidairement 12 000 fr.

Je fais remise de la solidarité à Pierre.

Pierre seul profitera de cette remise.

Paul et Jacques n'en profiteront pas, si ce n'est pour la part, dont Pierre est tenu dans la dette.

En conséquence, je ne pourrai plus demander à Pierre

que 4000 francs divisément, s'il ne les a pas encore payés.

Mais je pourrai demander encore solidairement 8000 fr., soit à Paul, soit à Jacques.

460. — Cette disposition de l'article 1210 est-elle bien en harmonie avec la disposition de l'article 1285?

Comment! si, au lieu de faire remise seulement *de la solidarité* à l'un de mes débiteurs, je lui avais fait remise de *la dette elle-même,* les autres codébiteurs seraient libérés, à moins que je n'eusse réservé mes droits contre eux.

Et, quand j'ai fait, au contraire, seulement remise de *la solidarité* à l'un de mes débiteurs, les autres ne sont pas libérés, à moins que je n'aie déclaré vouloir leur faire aussi remise à eux-mêmes.

De sorte que la loi étend d'autant plus l'effet de l'abandon consenti par le créancier, que cet abandon est plus grave et le dépouille non pas seulement de la garantie de sa créance, mais de sa créance elle-même!

N'est-ce point là une contradiction?

Cette contradiction n'existait pas dans le projet, dont l'article 112 (qui forme notre article 1210) portait, au contraire, que :

« Le créancier *perd toute action solidaire,* lorsqu'il consent à la division de la dette vis-à-vis de l'un des débiteurs.... » (Fenet, t. XIII, p. 130 ; *infra,* n° 464.)

Il y avait, alors, unité de doctrine entre la remise de la dette et la remise de la solidarité.

Mais la rédaction du projet a été changée d'après les observations du Tribunat, qui a pensé que le créancier doit conserver, dans ce cas, son action solidaire.

Ce qui a rompu l'unité de doctrine entre les deux espèces de remises !

L'explication de ce désaccord est peut-être dans la tradition historique, et dans les deux sources différentes où les rédacteurs du Code ont puisé l'une et l'autre disposition.

La disposition de l'article 1285, ils l'ont empruntée à la théorie de *l'acceptilation* romaine, mode solennel et rigoureux d'extinction des obligations que notre droit français n'a jamais reconnu (comp. *supra*, n° 396);

Tandis qu'ils ont emprunté à la théorie du simple pacte *de non petendo*, la disposition de l'article 1210.

Et voilà comment ils ont pu arriver à ce résultat illogique, en effet, de rendre absolu, *in rem*, la remise de la dette, lors même qu'elle n'est faite qu'à l'un des codébiteurs, et de rendre relative, *in personam*, la remise *de la solidarité*, lorsqu'elle n'est faite aussi qu'à l'un d'eux! (Comp. Bugnet, sur Pothier, t. II, p. 121.)

Résultat que notre ancien droit avait évité, mais qui est trop formellement écrit dans nos textes, pour qu'il soit possible de le méconnaître.

461. — Nous n'hésitons pas d'ailleurs, entre ces deux dispositions, à dire que celle de l'article 1210 nous paraît préférable à celle de l'article 1285 :

1° En général, l'abandon d'un droit ne doit pas se présumer; et, dans le cas particulier qui nous occupe, cette maxime est d'autant plus vraie, que le créancier, qui a fait remise à l'un des débiteurs, n'a pas déclaré vouloir la faire aux autres.

Ajoutons que cette remise, en effet, si elle a été consentie gratuitement, a été inspirée par un sentiment de bienveillance personnelle; ce qui faisait dire à Alciat : *bonitas creditoris non debet esse ei captiosa.* (Sur la loi 8, ff. *de Legat.*, 1°.)

Et si elle a été consentie à titre onéreux, elle ne doit encore profiter qu'à celui des débiteurs, qui a consenti au sacrifice, moyennant lequel il l'a obtenu.

2° Enfin, c'est là une convention entre le créancier et l'un des débiteurs; et il est de règle que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. (Art. 1165; comp. Pothier, n° 278.)

462. — D'après l'article 1210, le créancier, qui con-

sent à la division de la dette, à l'égard de l'un des codébiteurs, ne conserve donc son action solidaire contre les autres, que *sous la déduction de la part du débiteur, qu'il a déchargé de la solidarité.*

Cela est facile à expliquer, lorsque le débiteur, déchargé de la solidarité, est aussi déchargé de sa part dans la dette, par un payement, par une remise, ou de tout autre manière.

En effet, la dette totale se trouve alors diminuée de cette part, qui ne peut plus être demandée par le créancier aux autres débiteurs, puisqu'elle ne lui est plus due; et ceux-ci d'ailleurs, s'ils la lui payaient, auraient le droit de la répéter contre leur codébiteur, qui précisément en est déchargé. (Comp. Cass., 30 nov. 1819, Sirey, 1820, I, 115.)

463. — Mais supposons, au contraire, que le créancier s'est borné à décharger l'un des débiteurs de la solidarité, sans payement ni remise, ni aucun autre mode de libération; de sorte que le débiteur, déchargé seulement de la solidarité, reste toujours débiteur de sa part dans la dette.

Pierre, Paul et Jacques me devant solidairement 12000 fr., je décharge Pierre de la solidarité, en demeurant toujours contre lui créancier de sa part, 4000 fr.

Je ne pourrai plus lui demander que 4000 fr.

Mais pourrais-je toujours demander aux deux autres codébiteurs, Paul et Jacques, le total de la dette, 12 000 fr., sans déduction de la part de Pierre?

Ou ne pourrais-je plus leur demander à chacun, que 8000 fr., déduction faite de cette part?

Question très-controversée.

Plusieurs jurisconsultes, et des meilleurs, répondent que le créancier, dans ce cas, conserve intacte son action solidaire contre les autres débiteurs, et que, par conséquent, je ne serai pas obligé de déduire la part de Pierre,

dans ma demande en payement de la dette contre Paul ou Jacques :

1° Le texte de l'article 1210, dit-on, qui s'occupe de la décharge expresse de la solidarité, suppose, comme l'article 1215, qui s'occupe de la décharge tacite, que le débiteur n'a été déchargé que moyennant le payement de sa part dans la dette.

Il ne faut donc pas l'appliquer au cas où le débiteur déchargé de la solidarité, n'a pas cessé de devoir sa part.

2° On ajoute que la raison de cette différence est bien simple.

Dans ce dernier cas, en effet, la décharge de la solidarité accordée à l'un des débiteurs, ne change, en aucune manière, la position des autres, qui restent la même *après* comme *avant*, puisque, s'ils sont obligés de payer le total au créancier, ils n'en auront pas moins leur recours contre celui de leurs codébiteurs, qui a été déchargé de la solidarité.

Il est vrai que le créancier, par cette décharge de la solidarité qu'il lui accorde, renonce au droit qu'il avait de lui demander désormais le payement du total de la dette.

Mais est-ce que le créancier n'est pas le maître d'y renoncer? est-ce qu'il ne peut pas, à son gré, poursuivre celui de ses débiteurs qu'il lui plaît de choisir?

Aux termes de l'article 1203, *il peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir....*

Donc, cette simple remise de la solidarité à l'un des débiteurs, sans payement ni remise de la dette, est, à l'égard des autres codébiteurs, *res inter alios acta*, c'est-à-dire une convention qui leur est tout à fait indifférente et qui ne peut pas plus leur profiter qu'elle ne pourrait leur nuire (comp. Delvincourt, t. II, p. 510; Duranton, t. XI, n°s 224 et 231; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 24; Larombière, t. II, art. 1210, n° 7).

464. — Mais cette argumentation n'est, suivant nous, nullement concluante.

L'explication que nous venons de fournir de l'article 1210, a, par avance, annoncé que nous ne l'admettons pas.

Notre avis est, en effet, que, dans cette seconde hypothèse aussi bien que dans la première, le créancier qui a déchargé l'un des débiteurs de la solidarité, ne peut plus poursuivre les autres solidairement que sous la déduction de la part de ce débiteur :

1° Le texte même de l'article 1210 résiste, suivant nous, à la distinction que l'on prétend y introduire.

« Le créancier, *qui consent à la division de la dette* à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, *mais sous la déduction de la part du débiteur, qu'il a déchargé de la solidarité.* »

Or, nous supposons un créancier, *qui a consenti à la division de la dette* à l'égard de l'un des codébiteurs;

Donc, il n'a conservé son action solidaire contre les autres que *sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.*

Ce syllogisme nous paraît inexpugnable.

L'article 1210 est, en effet, absolu; il ne distingue pas si le débiteur qui a été déchargé de la solidarité, a cessé d'être débiteur de sa part dans la dette, ou s'il en est demeuré débiteur.

L'historique des travaux préparatoires démontre d'ailleurs aussi que tel est le sens de notre texte.

La première rédaction de l'article 1210 (qui formait, dans le projet, l'article 112) était ainsi conçu :

« Le créancier perd toute action solidaire, *lorsqu'il consent à la division de la dette* vis-à-vis l'un des débiteurs; il en est de même, *lorsqu'il reçoit divisément la part de l'un des débiteurs*, etc. »

Venait ensuite un second alinéa, qui forme aujourd'hui, dans le Code, l'article 1211.

Ainsi deux cas sont prévus : celui où le créancier consent à la division de la dette, et celui où il reçoit divisément le payement de la part de l'un des débiteurs.

D'où il résulte clairement que le premier cas ne saurait s'entendre d'un consentement à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, moyennant le payement de sa part, puisque le payement de la part de l'un des codébiteurs forme, dans le même texte, un second cas distinct du premier!

Cette distinction apparaît encore de plus en plus dans le procès-verbal de la communication officieuse qui fut faite de ce projet au Tribunat :

« La section, dit le procès-verbal, est d'avis que, dans les deux cas prévus par le paragraphe premier, le créancier ne doit point perdre son action solidaire, mais, au contraire, qu'il doit la conserver. Pour mieux coordonner les articles, la disposition de l'article 112 (l'article 1210) parlera d'un seul cas, celui où le créancier consent à la division de la dette. Quant à celui où le créancier reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, la disposition y relative sera placée dans l'article 113 (l'article 1211). » (Comp. Fenet, t. XIII, p. 130 et 152.)

2° Le texte nous paraît donc formel.

Et il faut bien vraiment qu'il le soit, puisque nous avons pour alliés, dans cette controverse, des jurisconsultes qui ne croient pas pouvoir s'y soustraire, tout en blâmant énergiquement la disposition qu'il consacre!

« Notre article, dit Marcadé, est évidemment contraire aux vrais principes..., puisque le débiteur, dont il s'agit, est toujours tenu de sa part dans la dette, et que, par conséquent, il demeure là pour répondre, comme ses codébiteurs, au recours de celui qui pourrait se trouver forcé de payer la totalité, il n'y avait donc aucune raison, aucun prétexte de restreindre ici le droit de poursuite du créancier contre les autres débiteurs.... » (Art. 1210, n° 619; ajout. Rodière, n° 145.)

Mais nous n'acceptons pas cette compromettante alliance!

Et, tout au contraire, nous soutenons que la disposition de l'article 1210, interprétée comme nous l'interprétons, loin d'être irrationnelle, est très-conforme aux principes :

C'est, en effet, l'un des principes les plus certains, que le créancier ne peut pas changer les rapports réciproques des codébiteurs, ni améliorer la condition des uns, en empirant la condition des autres;

Or tel serait le résultat de la remise de la solidarité faite par lui à l'un des débiteurs, s'il conservait encore, après cette remise, son action solidaire contre les autres, sans être obligé de déduire la part de celui auquel il l'a faite.

La position de l'un serait évidemment améliorée aux dépens de la position des autres.

Car, dès lors, l'égalité de la chance, qui existait entre tous, se trouverait rompue!

Nous étions quatre codébiteurs solidaires; j'avais donc trois chances de ne pas faire l'avance du total de la dette.

Et il est clair que je n'en aurai plus que deux, si le créancier peut décharger l'un des trois autres de la solidarité, en conservant néanmoins le droit de me forcer à à faire l'avance de sa part!

Supposez même que nous ne sommes que deux codébiteurs; s'il décharge mon codébiteur de la solidarité, n'est-il pas certain que je serai forcé de faire l'avance, et que toute chance est perdue pour moi, que le créancier s'adresse à mon codébiteur, auquel il ne pourrait plus demander que la moitié!

Les partisans de la doctrine que nous combattons, invoquent l'article 1203, qui porte que le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir.

Mais c'est précisément cet article qui démontre, suivant nous, que leur doctrine n'est pas admissible.

Oui! telle est la position des codébiteurs, qu'ils ont tous, également et réciproquement, la chance de n'être pas poursuivis par le créancier, et de ne pas être, en conséquence, obligés de faire l'avance du total de la dette;

Et cette chance, ils l'ont tous, en effet, également et réciproquement, jusques à la dernière heure!

La volonté du créancier, sa bienveillance pour l'un ou pour l'autre, sa fantaisie ou son caprice, tous les hasards, enfin, qui peuvent diriger son action sur l'un plutôt que sur l'autre, tout cela peut changer! il se peut aussi qu'il meure, et que ses héritiers n'aient pas, envers celui des débiteurs qu'il se proposait peut-être d'épargner, la même affection, et qu'ils veuillent, eux, au contraire, en épargner un autre;

Or, le créancier, qui décharge l'un des codébiteurs de la solidarité, détruit cette égalité des chances, dans laquelle précisément elle réside;

Donc, il ne peut le faire qu'à la condition de déduire de son action solidaire, contre les autres, la part de celui qu'il a déchargé de la solidarité.

Et que l'on ne dise pas que cette décharge n'est, de sa part, que l'exercice du droit qui lui appartient de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir.

Cette décharge n'est que la renonciation à son droit de choisir; elle n'en est pas l'exercice!

Quand le créancier poursuit l'un plutôt que l'autre, c'est vrai! il exerce son choix.

Mais nous maintenons qu'il renonce, au contraire, à l'exercer, quand, sans poursuivre aucun débiteur, il déclare qu'il s'interdit de choisir librement entre eux.

465. — Les motifs, sur lesquels nous venons de fonder cette solution, prouvent assez qu'elle est, suivant nous, absolue, et qu'elle devrait être appliquée, même dans le cas où le créancier, en faisant la remise de la solidarité à l'un des débiteurs, se serait expressément réservé le droit de poursuivre les autres débiteurs pour

le total, sans déduction de la part de celui auquel il a fait cette remise.

Marcadé (art. 1210), et M. Rodière (n° 146), enseignent, toutefois, la solution contraire, et que cette réserve du créancier serait valable.

Mais c'est là une *désertion*, qui prouve que nous avions raison de ne pas compter sur leur alliance dans la controverse qui précède (n° 464).

Si, comme nous espérons l'avoir démontré, la disposition de l'article 1210 dérive de ce principe que le créancier ne peut point changer les relations réciproques des codébiteurs, ni améliorer la condition de l'un en empirant la condition des autres, il est manifeste que la réserve expresse, par laquelle il prétendrait obtenir un droit pareil, en déchargeant l'un des débiteurs de la solidarité, ne saurait avoir aucun effet à l'égard des autres codébiteurs. (Comp., Colmet de Santerre, t. V, n° 144 *bis* IV; Mourlon, qui cite, en ce sens, Valette, *Répét. écrit.*, t. II, n° 1273.)

466. — Mais alors, entre le créancier, qui a fait la remise de la solidarité, et celui des débiteurs auquel il l'a faite, que deviendra cette remise?

C'est là une question tout autre, une question d'interprétation de convention.

Il faudra voir si la remise de la solidarité a été conditionnellement subordonnée à la validité de la clause par laquelle le créancier s'est réservé le droit de poursuivre les autres débiteurs pour la totalité de la dette, sans déduction de la part de celui auquel il a fait cette remise.

Et nous croyons que cette question devrait être, en général, résolue affirmativement, sauf l'interprétation contraire que les termes de l'acte et les circonstances du fait pourraient rendre préférable (arg. de l'art. 1451; comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 144 *bis* IV).

467. — Nous venons de nous occuper de la décharge

expresse de la solidarité; occupons-nous maintenant de la décharge tacite.

Le Code prévoit quatre cas de décharge tacite de la solidarité, c'est-à-dire, dans lesquels le créancier est présumé avoir renoncé tacitement à la solidarité, en faveur de l'un des débiteurs.

Les deux premiers font l'objet de l'article 1211;

Les deux autres font l'objet de l'article 1212.

468. — L'article 1211 est ainsi conçu :

« Le créancier, qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver, dans la quittance, la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur.

« Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur, lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion, dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est *pour sa part*.

« Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs *pour sa part*, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation. »

A. Le premier cas, dans lequel la loi présume la décharge de la solidarité, présente, comme on voit, le concours de trois circonstances, à savoir :

1° Que le créancier a reçu la part de l'un des débiteurs, divisément;

2° Que la quittance, qu'il lui en a donnée, porte que c'est *pour sa part;*

3° Qu'il n'a pas réservé la solidarité ou ses droits en général.

Il n'y a, en effet, rien d'excessif, lorsque ces trois circonstance se rencontrent, à en induire l'intention, de la part du créancier, de décharger ce débiteur de la solidarité.

Quoi de plus contraire à la *solidarité* que la *division?* Et le créancier, qui reconnaît un débiteur *pour une*

part, peut-il bien ensuite prétendre qu'il a encore ce même débiteur *pour le tout?*

C'est ce que le législateur n'admet pas.

469. — 1° Il faut, d'abord, que le créancier ait reçu divisément la part de l'un des débiteurs.

Pierre, Paul et Jacques, me devant solidairement 1200 fr., j'ai reçu 400 fr. de Pierre; et je lui en ai donné quittance pour sa part.

Et c'est bien, en effet, *sa part*, qu'il m'a payée et que j'ai reçue; toute sa part et rien que sa part, ni plus ni moins, c'est-à-dire la part, dont il est tenu, *pour soi*, dans la dette.

En un mot, pour nous servir des expressions de l'article 1211, j'ai reçu de lui *une somme égale à la portion dont il est tenu.*

Voilà, suivant nous, la première condition de cette remise tacite de la solidarité, telle que le texte de la loi la présente et dans le sens où les interprètes de notre Code paraissent aussi généralement l'entendre.

470.—M. Larombière, toutefois, enseigne que « cette condition n'est nullement exigée et ne peut raisonnablement l'être. »

« Sur quoi, en effet, dit-il, est fondée, dans ce cas, la renonciation à la solidarité? sur l'expression de part, qui implique une division consentie de la dette; or, quelle autorité plus grande pourra donner à cette expression de division, la circonstance de fait que le débiteur a payé divisément sa part tout entière? évidemment aucune; car le créancier est censé renoncer à la solidarité, non pas parce qu'il a reçu toute la portion de l'un des débiteurs, mais parce que, en recevant de lui une portion quelconque de la dette, il en a consenti la division. » (T. II, art. 1211, n° 5.)

Sans méconnaître ce qu'il peut y avoir de vrai dans le motif que le savant auteur iuvoque, nous persistons à penser que le législateur suppose, dans l'article 1211,

que c'est sa part que le débiteur a payée, et dont le créancier lui a donné quittance pour sa part.

On ne saurait nier, en effet, que cette circonstance elle-même du paiement d'une somme exactement correspondante à la part dont le débiteur est tenu *pour soi*, ne tende aussi beaucoup à fortifier la présomption de remise de la solidarité, que le législateur en induit.

Est-ce une somme inférieure à la part dont il est tenu, que le débiteur a payée ?

Pierre m'a-t-il payé 300 francs seulement, au lieu des 400 francs qui forment sa part dans la dette solidaire ?

Nous ne serons plus sous l'application du texte de l'article 1211.

Et il y aura là seulement une question de fait, que les juges auront à décider d'après les circonstances et les termes de la quittance que le créancier aura donnée.

Il se pourra qu'ils en induisent une remise de la solidarité ; car c'est là une convention comme une autre, qui peut être tacite aussi bien qu'expresse.

Mais la décision, ainsi rendue, ne sera pas une application de l'article 1211. (Comp. *infra*, n° 492.)

471. — 2° Il faut, en second lieu, que le créancier, qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, exprime dans la quittance, qu'il l'a reçue *pour sa part*.

Cette seconde condition devait être, en effet, exigée, pour que l'intention du créancier de décharger le débiteur de la solidarité, ne fût pas équivoque.

Elle aurait pu l'être sans cela, doublement :

En droit, parce que un payement partiel peut être fait par un débiteur solidaire, aussi bien que par un débiteur unique ; et, par conséquent, de ce qu'un débiteur solidaire paye au créancier un à-compte sur la dette commune, il n'y a pas lieu d'induire qu'il ne demeure pas tenu de toute la dette, comme s'il en était l'unique débiteur ;

En fait, parce que cette circonstance que le payement

divisé fait par le débiteur, correspondrait tout juste au montant de sa part dans la dette, pourrait n'être que le résultat d'une erreur ou d'une distraction du créancier, ou d'une surprise de la part du débiteur.

Il était donc prudent d'exiger que l'attention du créancier fût appelée sur ce fait, et que la quittance délivrée par lui *pour la part* de ce débiteur, témoignât qu'il en avait compris la conséquence.

472. — Ces termes d'ailleurs, *pour sa part*, ne sont pas sacramentels.

Il suffit que la quittance, donnée par le créancier au débiteur, témoigne, quels qu'en soient les termes, de son intention de consentir à la division de la dette.

Ce qui est nécessaire seulement, c'est que la formule employée dans la quittance, soit équivalente, et ne présente aucun doute. (Comp. *infra*, n° 474.)

Une quittance délivrée par un créancier à l'un de ses deux débiteurs solidaires, était ainsi conçue :

« *Reçu quatre mille deux cents francs pour la moitié de la somme de huit mille quatre cents francs, montant de la dette.* »

La conformité était donc parfaite entre la somme payée et la portion du débiteur dans la dette.

Il est vrai !

Mais la quittance ne portait pas que le créancier avait reçu cette somme du codébiteur *pour sa part*.

Aussi, a-t-il été décidé qu'on ne pouvait pas en induire que le créancier l'avait déchargé de la solidarité. (Comp. Amiens, 22 juin 1840, *J. du P.*, 1842, t. II, p. 490.)

473. — 3° Enfin, la troisième condition que la loi exige, pour ce premier cas de remise tacite de la solidarité, c'est que le créancier n'ait pas réservé, dans la quittance, la solidarité, ou ses droits en général.

C'est par une simple présomption de sa volonté que l'on arrive à induire la remise de la solidarité, de la dou-

ble circonstance d'un payement divisé par l'un des débiteurs de sa part, et de la mention, dans la quittance, que le créancier l'a reçu pour sa part.

Mais les inductions et les présomptions doivent s'évanouir devant la manifestation expresse de sa volonté contraire !

La quittance, en effet, alors est indivisible dans son énonciation; et s'il est vrai qu'elle exprime un payement fait divisément par le débiteur et reçu par le créancier pour sa part, elle exprime aussi, en même temps, une réserve, d'où il résulte que c'est à titre de simple à-compte, que le créancier a reçu cette part; de sorte que ces termes, disait Pothier, se détruisent réciproquement et que la quittance doit être regardée comme si elle ne contenait ni les uns ni les autres (n° 277).

C'était là pourtant un point de doctrine controversé entre les anciens docteurs.

Plusieurs prétendaient que, dans la quittance, la réserve du créancier : *sans préjudice de la solidarité*, devait s'entendre d'une réserve que le créancier avait faite contre les autres codébiteurs, et non pas contre celui à qui il avait donné quittance.

A quoi Pothier répondait carrément que *cette explication ne vaut rien*.

Carrément et très-justement !

« Car, ajoute-t-il, lorsque, dans une quittance comme dans tout autre acte, on réserve des droits, sans dire contre qui, il est naturel que cela s'entende des droits qu'on a contre celui avec qui l'on traite ou à qui l'on donne quittance, et non de ceux qu'on a contre d'autres. » (*loc supra cit.*).

474. — Il n'y a pas non plus de termes sacramentels pour exprimer cette réserve, cette protestation du créancier contre la présomption de décharge de la solidarité.

Qu'il ait réservé positivement *la solidarité*, en propres termes ;

Ou qu'il ait réservé, en termes moins précis, *ses droits en général*, en disant, par exemple : *sans nuire à mes droits... ou sans préjudice de mes droits ;*

Il n'importe!

Dès qu'il apparaît que son intention a été de ne pas renoncer à son action solidaire (comp. *supra*, n° 471).

A plus forte raison, la réserve serait-elle décisive, si le créancier avait, dans sa quittance, déclaré qu'il recevait cette part du débiteur comme à-compte sur la dette.

475. — B. Le second cas dans lequel la loi présume la décharge de la solidarité, offre une grande analogie avec le premier, dont nous venons de nous occuper.

La seule différence, qui les distingue, consiste en ce que, dans celui-ci, il s'agit d'un paiement divisé fait et reçu volontairement; tandis que, dans l'autre, dont nous allons nous occuper, il s'agit d'un payement divisé demandé en justice par le créancier contre l'un des débiteurs.

Deux conditions y sont requises, à savoir :

1° Que la demande formée par le créancier contre l'un des débiteurs, réunisse les trois conditions que nous venons de voir exigées dans le premier cas de remise tacite;

2° Que le débiteur ait acquiescé à cette demande ou qu'il soit intervenu un jugement de condamnation.

476. — 1° La première condition est bien simple.

Le second cas, en effet, comme nous venons de le dire, se confond finalement avec le premier.

Il n'en diffère que par le procédé.

Mais, quant aux circonstances qui produisent leur commun résultat, les deux cas sont identiques.

Voilà ce que l'article 1211 exprime par ces mots, qui commencent son troisième alinéa :

« *Il en est de même....*

En conséquence, il faut :

1° Que le créancier ait demandé divisément la part de l'un des débiteurs;

2° Qu'il résulte de la demande que c'est *pour sa part* seulement qu'il a entendu le faire condamner au payement, et lui donner quittance;

3° Qu'il n'ait pas réservé la solidarité ou ses droits en général. (Comp. Pothier, n° 277; Duranton, t. XI, n° 234; Zachariæ Aubry et Rau, t. III, p. 23; Larombière, t. II, art. 1211, n°s 11).

477. — 2° Il faut, en second lieu, pour que la décharge de la solidarité soit acquise au débiteur ainsi actionné, qu'il y ait eu un acquiescement de sa part, ou un jugement de condamnation contre lui.

Jusques-là, le créancier peut changer ses conclusions et demander le total à ce débiteur, auquel il n'avait d'abord demandé que sa part.

Nul, en effet, ne saurait lier par sa seule volonté.

La demande formée par le créancier contre l'un des débiteurs, de sa part dans la dette, c'est une offre.

Or, une offre peut être retirée par celui qui l'a faite, tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui à qui elle s'adressait.

Acceptée, disons-nous, soit volontairement, soit judiciairement,... *in judiciis quasi contrahimus.*

C'est cette acceptation volontaire ou forcée, qui peut seule former la convention de remise entre le créancier et le débiteur.

Pothier rappelle encore pourtant que les anciens docteurs étaient partagés sur cette question. Balde tenait pour l'affirmative; et Bartole pour la négative.

Mais le savant auteur enseignait, lui, très-fermement, que la demande formée par le créancier ne suffit pas seule à accomplir la remise de la solidarité :

« La raison en est, disait-il, que les dettes étant contractées par le concours des volontés du créancier et du débiteur, la remise ne peut s'en faire que par un consentement contraire des mêmes parties » (n° 277).

Raison décisive, en effet, et sur laquelle l'article 1211 est fondé. (Comp., art. 1262-1263.)

478. — Lorsque la demande a été formée par le créancier dans les termes que nous venons de définir, faut-il, en outre, s'il y a acquiescement par le débiteur, que les offres ou la quittance expriment que c'est *pour sa part* qu'il a fait les offres ou le payement?

Le texte n'exige pas cette condition; et nous pensons qu'il n'y avait pas lieu de l'exiger.

La quittance ou les offres, en effet, se refèrent à la demande et y correspondent virtuellement, dans les mêmes termes, dans lesquels elle a été formée (comp., Larombière, t. II, art. 1211, n° 7).

479. — Restent maintenant les deux autres cas de remise tacite de la solidarité, que l'article 1212 formule ainsi :

« Le créancier, qui reçoit divisément, et sans réserve, la portion de l'un des débiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus et non pour ceux à échoir, à moins que le payement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs. »

Le législateur suppose plusieurs codébiteurs solidaires d'une rente produisant des arrérages ou d'un capital produisant des intérêts.

Et il admet deux cas de remise tacite de la solidarité :

L'un, relatif aux arrérages ou aux intérêts;

L'autre, relatif au capital.

480. — C. Le créancier peut, bien entendu, renoncer à la solidarité pour les arrérages ou intérêts échus, sans y renoncer pour les arrérages ou intérêts à échoir, ni pour le capital.

Tel est d'abord le cas, que l'article 1212 a virtuellement en vue.

Pierre, Paul et Jacques étant mes codébiteurs soli-

daires d'une rente de 12 000 francs, me doivent, aujourd'hui, trois annuités arréragées, soit : 36 000 francs.

Et, en cet état, je reçois de Pierre, l'un d'eux, *divisément*, c'est-à-dire, *pour sa part*, une somme de 12 000 francs, dont je lui donne quittance *pour sa part* dans ces arrérages, sans réserver la solidarité ou mes droits en général.

Le législateur y voit une remise tacite au profit de Pierre, de la solidarité pour les arrérages qui étaient échus.

Nous trouvons-là, en effet, les trois conditions dont le concours emporte la présomption de remise tacite de la solidarité, à savoir :

1° Le payement *divisé* de la part de l'un des codébiteurs ;

2° La quittance, à lui donnée, par le créancier, *pour sa part;*

3° L'absence de toute réserve de solidarité par le créancier dans cette quittance;

C'est-à-dire que le troisième cas de remise tacite de la solidarité n'est pas distinct du premier cas que nous avons déjà exposé, et qu'il se confond avec lui (comp., Rodière, n° 151);

Si bien que beaucoup d'auteurs n'ont pas cru devoir en faire une mention spéciale. (comp. notamment Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 25).

Nous le mentionnons, toutefois, parce qu'il donne lieu, spécialement, en effet, à deux observations :

481. — La première, c'est que la remise de la solidarité, qui en résulte pour les arrérages ou les intérêts échus, ne s'applique ni aux arrérages ou intérêts à échoir, ni au capital, pour lesquels le créancier conserve son action solidaire.

« Cette décision est fondée, disait Pothier, sur le principe : *nemo facile præsumitur donare.*

D'où il suit qu'on ne doit point tirer de la quittance

donnée par le créancier, la conséquence qu'il a voulu décharger le débiteur de la solidarité pour l'avenir, s'il n'y a nécessité de la tirer. Or, il n'y a aucune nécessité; car, de ce que le créancier a bien voulu permettre à ce débiteur de payer, pour sa part, les arrérages qui étaient échus, il s'ensuit seulement que le créancier a voulu le décharger de la solidarité pour lesdits arrérages; mais il ne s'ensuit nullement qu'il ait voulu le décharger de la solidarité de la rente pour l'avenir » (n° 279).

482. — Notre seconde observation, c'est que, même pour les arrérages ou les intérêts échus, la remise de la solidarité ne s'applique qu'à ceux qui ont été payés divisément et qui sont compris dans la quittance.

L'effet ne doit pas dépasser la cause!

Or, la cause d'où procède ici la présomption de remise tacite de la solidarité, c'est le payement divisé fait par l'un des débiteurs, avec une quittance pour sa part, et sans réserve.

Donc, cette présomption ne peut s'appliquer qu'à ceux des intérêts ou arrérages échus, qui ont été payés divisément, et pour lesquels la quittance a été donnée.

Ainsi, dans l'exemple que nous avons supposé, de trois codébiteurs, qui me devaient solidairement trois annuités arréragées d'intérêts, si l'un d'eux ne m'a payé divisément, que l'une de ces annuités, et que je ne lui aie donné quittance pour sa part que pour cette annuité, je conserve mon action solidaire contre lui, aussi bien que contre ses deux codébiteurs, pour les deux autres annuités échues. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 511; Duranton, t. XI, n° 236; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 125; Colmet de Santerre, t. V, n° 146 *bis*; Larombière, t. II, art. 1212, n° 3.)

483. — D. Voici le quatrième cas, dans lequel la loi présume la remise tacite de la solidarité, non seulement pour les intérêts ou arrérages échus, mais encore pour les intérêts ou arrérages à échoir et pour le capital.

Les rédacteurs du Code ont emprunté cette présomption à l'ancien droit, en la modifiant toutefois notablement.

D'après l'ancien droit, le créancier n'était présumé avoir fait remise de la solidarité que lorsque, pendant le temps requis pour la prescription, dit Pothier (n° 279), c'est-à-dire pendant un espace de trente ans, le débiteur avait toujours été admis à payer les arrérages pour sa part.

Et encore, même dans ce cas, la remise de la solidarité ne s'appliquait-elle qu'aux intérêts ou arrérages à échoir, et non point au principal, pour lequel le créancier n'en conservait pas moins toujours son action solidaire.

484. — On voit le double changement que l'article 1212 y apporte :

D'une part, l'espace de trente ans est réduit à dix ans;

D'autre part, après ce laps de temps, la décharge de la solidarité s'applique, pour l'avenir, aux intérêts ou arrérages à échoir et au principal.

Ce qui paraît, en effet, plus rationnel; car il y avait quelque chose d'illogique à maintenir la solidarité pour le principal, quand on la déclarait anéantie pour les accessoires !

Après dix ans donc, d'après notre Code, et lorsque, bien entendu, les conditions qu'il exige à cet effet, se trouvent réunies, la décharge de la solidarité est complète.

Et alors il n'y a rien non plus d'excessif à en induire que le créancier qui a laissé ces conditions s'accomplir contre lui au profit de l'un des codébiteurs, lui a fait remise de la solidarité.

485. — Mais quelles sont ces conditions?

C'est ce qu'il importe de préciser, d'autant plus que la rédaction, un peu ambiguë peut-être, de l'article 1212 a fait naître, sur ce point, de sérieuses dissidences.

Or, trois conditions sont requises par cet article pour

que la présomption de remise de la solidarité, qu'il élève contre le créancier, puisse lui être opposée; à savoir :

1° La division dans les payements des intérêts ou arrérages;

2° La continuité de ces payements;

3° Leur pluralité.

486. — 1° Il faut, d'abord, la division des payements.

« Le créancier (porte l'article 1212) *qui reçoit divisément et sans réserve la portion* de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette.... »

En d'autres termes, il faut :

1° Que le créancier ait reçu la part de l'un des débiteurs dans les intérêts ou arrérages;

2° Qu'il lui ait donné quittance *pour sa part;*

3° Qu'il n'ait pas, dans la quittance, réservé la solidarité ou ses droits en général.

Cette première condition va de soi!

C'est la condition générale et toujours nécessaire pour toute remise quelconque de la solidarité (Comp. *supra*, n° 476).

Elle est donc aussi nécessaire pour la remise qui nous occupe en ce moment (comp. Marcadé, art. 1212; Rodière, n° 151; Larombière, t. II, art. 1212, n° 4).

Seulement, à la différence des autres cas de remise où elle est suffisante, la loi ajoute, en outre, ici, deux autres conditions, que nous avons à exposer.

487. — 2° Il faut, en second lieu, la continuité des payements.

L'article 1212 exige, en effet, que *le payement divisé* (des intérêts ou arrérages) *ait été continué pendant dix ans consécutifs.*

C'est-à-dire qu'il faut qu'aucun payement *non divisé* n'ait été fait dans cet intervalle, et ne soit venu rompre la série, la continuité des payements *divisés.*

Voilà déjà cinq ans que l'un des codébiteurs solidaires paye divisément au créancier sa part des intérêts ou arré-

rages; et il a déjà, supposons-le, cinq quittances sans réserve, *pour sa part.*

Mais, à la sixième année, il paye les intérêts ou arrérages au delà de sa part; — ou le créancier n'insère pas dans la quittance ces mots ou autres mots équivalents : *pour sa part;* — ou bien il y insère une réserve de la solidarité ou de ses droits en général.

Voilà la continuité brisée!

Cette espèce de prescription de dix ans, que l'article 1212 décrète, est interrompue.

Les cinq années de payements divisés ne peuvent plus désormais compter.

Et c'est à recommencer, à dater du jour où de nouveaux payements divisés auront lieu!

Telle est la *continuité* dans notre matière.

Elle consiste en ceci, qu'aucun payement *non divisé* ne doit avoir eu lieu, pendant les dix ans, entre les payements divisés!

Et cela se conçoit!

Car le payement *non divisé* ruine la base même sur laquelle la présomption de remise de la solidarité est fondée!

488. — 3° Enfin, la troisième condition, qui est requise par l'article 1212, est la *pluralité* des payements.

Cette condition est elle-même une conséquence nécessaire de celle qui précède.

Il est évident que la *continuité* des payements en suppose la *pluralité.*

Est-ce que l'on pourrait dire d'un seul payement qu'il a été *continué?*

Il en faut donc évidemment plusieurs!

489. — Mais combien en faut-il?

Est-il nécessaire qu'il y ait eu dix payements continués sans interruption, d'année en année, pendant dix ans?

Ou, au contraire, suffit-il qu'il y ait eu plusieurs paye-

ments continués pendant dix ans, lors même que le nombre des payements serait inférieur à dix?

Cette question peut s'élever dans deux cas :

1° Lorsque les intérêts ou arrérages étaient payables, par exemple, tous les deux ans;

2° Lorsque les intérêts ou arrérages étant payables tous les ans, le débiteur ne les a pas payés exactement et a payé, en une seule fois, deux ou plusieurs années arriérées.

Ainsi, dans le premier cas, le débiteur a payé divisément *cinq* fois, pendant *dix* ans, sa portion des intérêts ou des arrérages, qui étaient payables tous les deux ans; ce payement divisé a été *continué*, en effet, pendant les dix ans, en ce sens qu'aucun payement *non divisé* ne s'y est mêlé.

Peut-il invoquer l'article 1212?

De même, dans le second cas, le débiteur a payé divisément *huit* fois sa portion dans les intérêts ou arrérages pendant *dix* ans; parce qu'il était en retard de deux années; et que ces deux années-là, il les a payées en une seule fois.

Peut-il invoquer l'article 1212?

490. — Presque tous les auteurs, dans la doctrine, enseignent la négative, et que la loi exige qu'il y ait eu *dix payements* :

« Il faut donc régulièrement prouver, dit Toullier, la division du payement *par dix quittances* de dix années consécutives; si plusieurs années avaient été cumulées, de manière, par exemple, que les dix années eussent été payées à deux ou trois époques différentes, et que le débiteur représentât deux ou trois quittances seulement pour les dix années, la disposition du Code ne serait pas remplie; c'est la multiplicité des payements divisés et la diversité des temps où ils ont été faits, qui donne de la force à la présomption. Le créancier qui, *dans dix actes différents,* répétés pendant dix années différentes et

consécutives, a reçu divisément le payement de sa rente ou les intérêts de son capital, ne peut raisonnablement alléguer qu'il n'a pas renoncé à la solidarité. » (T. III, n° 745.)

M. Larombière n'est pas moins explicite :

« .... Cette mesure de dix années, dit-il, est évidemment celle de la multiplicité des payements; ils doivent être *de dix au moins*, pour dix années consécutives. Ceci nous paraît résulter de l'économie de la loi ; elle s'occupe d'intérêts ou d'arrérages, toutes choses qui sont, en général, exigibles à des termes annuels. Elle détermine une période de dix années consécutives; elle suppose des payements divisés ; n'est-il pas manifeste qu'avec cette période de dix ans, elle fait coïncider *les payements divisés de dix annuités successives ?...* » (T. II, art. 1212, n° 6 ; comp. Duranton, t. XI, n° 236 ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, n° 1276 ; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 1454).

491. — Sans méconnaître ce qu'il y a de sérieux dans cette argumentation, nous ne croyons pas qu'elle soit juridique.

Et notre avis est, au contraire, que l'article 1212, qui exige que les payements divisés aient été continués pendant dix ans consécutifs, n'exige pas en outre qu'il y ait eu dix payements :

1° Tel nous paraît être, d'abord, le véritable sens du texte.

Ce qui en résulte, en effet, d'une façon suffisamment claire, c'est qu'il attache la présomption de remise de la solidarité, non pas au fait qu'il y a eu *dix payements divisés*, mais bien au fait que les payements divisés, (dont il ne détermine pas le nombre), ont été continués *pendant dix ans consécutifs*.

C'est donc, à notre avis, se méprendre, que d'avancer, comme l'a fait Duranton, que « *la continuité, dans les termes et dans l'esprit de la loi, tombe sur le payement, et non*

pas seulement sur le nombre des années dont les arrérages ont été payés. » (*Loc. supra cit.*)

Nous croyons que la lettre même du texte résiste à cette interprétation.

Le texte exige certainement *la continuité des payements divisés* pendant *dix ans consécutifs.*

Mais où voit-on qu'il exige *dix payements divisés?*

Il l'exige implicitement, dit-on, par cela même qu'il s'agit d'arrérages et d'intérêts qui se payent d'année en année.

Mais vraiment non !

Les arrérages ou les intérêts dont il s'agit, ne se payent pas, le plus ordinairement, d'année en année.

Ils se payent de semestre en semestre, et même souvent de trimestre en trimestre.

Eh bien ! de même que *dix payements semestriels* divisés ne suffiraient pas pour motiver l'application de l'article 1212, parce qu'ils n'auraient pas été continués pendant dix ans consécutifs ;

De même *cinq payements biennaux* divisés doivent suffire, s'ils ont été continués pendant dix ans consécutifs.

2° Mais on se récrie !

Deux quittances et même une seule suffiront donc pour établir la présomption de remise de la solidarité aussi bien pour l'avenir que pour le passé !

C'est l'argument de Duranton (*loc. supra cit.*)

Nous avons déjà répondu que d'un *seul payement* divisé, on ne saurait dire qu'il a été *continué!* (*supra*, n° 488.)

Cette réponse s'applique de même à deux payements, qui ne seraient, en réalité, qu'un payement *répété* deux fois.

La *continuité* en suppose donc au moins trois.

Et nous adhérons, sur ce point, à la doctrine de notre savant collègue, M. Rodière :

« Il faut, dit-il, non pas, il est vrai, autant de quittances que d'annuités, mais des quittances embrassant, de la première à la dernière, une période de dix années. Si, par exemple, le créancier a quittancé, dans la première quittance, cinq années d'intérêts acquittés en même temps, une quittance semblable, par lui consentie, cinq ans après, ne suffira pas pour lui faire perdre la solidarité pour l'avenir, attendu que le payement divisé n'a commencé que lors de la première quittance ; mais une troisième quittance, consentie, dans les mêmes termes, après une nouvelle période de cinq ans, suffirait pour opérer l'extinction de la solidarité, *vu que la loi n'exige pas que les payements divisés aient eu lieu tous les ans.* (n° 152.)

3° Enfin nous croyons pouvoir tirer un argument des incertitudes et des dissidences, où sont tombés les partisans de la doctrine que nous combattons, et qui prouvent qu'il n'existe pas, entre eux, un point de ralliement!

Toullier, par exemple, après avoir décidé que l'article 1212 exige qu'il y ait eu *dix payements divisés*, se pose cette question :

« *Quid*, s'il n'y avait que deux années réunies dans une seule quittance réunie à huit autres quittances ? »

Et que répond-il?

« Je crois que la question serait abandonnée à la prudence des juges ; la disposition du Code n'est point assez précise pour être considérée comme une règle rigoureuse. » (T. III, n° 745, note I.)

Pourtant, cela ne fait que *neuf* payements.

Et vous prétendez qu'il en faut dix !

N'importe !

Ses adhérents se rangent à son avis et consentent à dire *qu'il faut s'en remettre, sur ce point, à la sagesse des tribunaux !* (Delvincourt, t. II, p. 511 ; Dalloz, *Rec. alph.* v° *Obligations*, art. 1454.)

Mais il est manifeste que c'est là une défaillance !

Et nous comprenons que M. Larombière proteste

« Cette opinion, dit-il, nous paraît, au contraire, formellement repoussée par la saine entente de la loi, telle que M. Toullier lui-même l'a interprétée. » (t. II, art. 1212, n° 8.)

C'est aussi notre sentiment.

Et M. Larombière, demeurant fidèle au principe, qu'il a posé, nous paraît être, en effet, plus logique que ceux qui, après l'avoir aussi posé, n'en veulent pas accepter les conséquences!

Mais nous espérons avoir démontré que c'est le principe lui-même, qui n'est pas vrai, et qu'il faut abandonner!

492. — Est-il besoin de dire que la remise tacite de la solidarité, dans les cas prévus par les articles 1211 et 1212, produit en général les mêmes effets, ni plus ni moins, que la remise expresse, dans le cas prévu par l'article 1210.

Eadem vis est taciti atque expressi.

C'est-à-dire qu'elle ne profite qu'à celui des codébiteurs, auquel elle a été faite, et que le créancier conserve son action solidaire contre les autres codébiteurs, sous la déduction seulement de la part de celui qu'il a déchargé de la solidarité. (*Supra*, nos 462 et suiv.)

Si donc c'est l'un des codébiteurs seulement qui a fait le payement divisé soit du principal, soit des arrérages ou des intérêts, conformément à l'article 1211 ou à l'article 1212, c'est lui seulement qui pourra invoquer, contre le créancier, la présomption de remise, qui en résulte.

Et le créancier n'en pourra pas moins poursuivre les autres codébiteurs solidairement, soit pour le principal, soit pour les arrérages ou intérêts, déduction faite de la part de celui, qu'il a déchargé tacitement de la solidarité (comp. Rodière, n° 153; Larombière, t. II, art 1212, n° 9).

493. — On a demandé s'il est possible d'admettre des

cas de remise tacite de la solidarité, en dehors de ceux, que la loi a prévus?

Généralement, la réponse, que l'on fait à cette question, est négative, par le motif que nul ne doit être facilement présumé renoncer à son droit (comp. Rouen, 14 floréal an IX; Douai, 16 nov. 1842; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Obligations*, nos 1457-1458).

Cette réponse nous paraît exacte.

Mais il est nécessaire pourtant qu'elle soit expliquée.

Que l'on ne puisse pas admettre une présomption légale de remise de la solidarité, en dehors des cas prévus par la loi, cela est d'évidence! (Art. 1350 et 1352.)

Et il est certainement impossible d'appliquer les articles 1211 et 1212 à d'autres cas que ceux qu'ils prévoient et dans lesquels ne se trouveraient pas réunies les conditions qu'ils exigent.

Mais ce n'est pas à dire qu'il n'appartiendrait pas aux juges de reconnaître, en fait, d'après les termes des actes intervenus entre les parties, et les circonstances particulières de l'espèce, qu'une convention tacite de remise de la solidarité a eu lieu entre le créancier et les débiteurs solidaires ou l'un d'eux. (Comp. *supra*, n° 470; Cass., 18 mai 1832, Dev., 1832, II, 653; Duranton, t. XI, n° 236 note I.)

494. — Nous avons eu déjà l'occasion de signaler l'effet, que produit, relativement à la solidarité, le décès de l'un des codébiteurs, laissant plusieurs héritiers.

Cet événement ne fait pas cesser sans doute la solidarité.

Mais il en modifie l'effet, en ce sens que:

D'une part, si l'obligation ne cesse pas d'être solidaire entre les codébiteurs originaires; il n'y a effectivement, en ce qui les concerne, aucun motif pour qu'elle cesse de l'être!

D'autre part, l'obligation se divise entre les héritiers

du codébiteur décédé, dans la proportion de leurs parts héréditaires ;

De sorte que chacun des héritiers n'est obligé, en effet, envers le créancier, que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, mais que, pour cette part, il demeure solidairement obligé avec chacun des débiteurs originaires. (Comp. art. 2249.)

Nous avons déduit de ces principes plusieurs conséquences, auxquelles il suffit de nous référer. (Comp. n° 359.)

495. — Une dernière question nous reste à résoudre sur cette vaste matière, à savoir : si la disposition, que l'article 2037 décrète en faveur de la caution, doit être appliquée au codébiteur solidaire.

Cet article est ainsi conçu :

« La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. »

Question ancienne et célèbre, qui s'agitait déjà dans le droit antérieur, dont les interprètes demandaient si le codébiteur solidaire peut opposer au créancier l'exception *cedendarum actionum*.

Pierre et Paul m'ont emprunté solidairement 12 000 fr.

Et l'un d'eux, Pierre, m'a concédé une hypothèque sur son immeuble.

Avant d'avoir été payé, je donne à Pierre la mainlevée de l'hypothèque qu'il m'a consentie ; ou je la laisse périr, faute de renouvellement de l'inscription dans les dix ans.

C'est en cet état des faits, que je m'adresse à Paul, pour qu'il me paye le total de la dette qu'il a contractée solidairement envers moi.

Mais Paul me répond que je ne puis plus le contraindre à payer le total, et que je suis obligé de déduire la par dont Pierre est tenu dans la dette, parce que la subro-

gation à mon hypothèque ne peut plus, par mon fait, s'opérer en sa faveur.

Est-il fondé ?

Deux systèmes fort tranchés sont en présence :

L'un, que l'on pourrait appeler le système de la doctrine, et qui est celui du plus grand nombre des auteurs ;

L'autre, que l'on pourrait appeler le système de la jurisprudence, où il paraît définitivement s'affermir, et auquel même plusieurs auteurs viennent, dans ces derniers temps, de se rallier.

Le premier prétend que l'article 2037 est applicable au codébiteur solidaire.

Le second prétend, au contraire, qu'il ne lui est pas applicable.

496. — *a.* Pour soutenir que le codébiteur solidaire, peut, aussi bien que la caution, se prévaloir de l'article 2037, le système de la doctrine invoque d'abord l'autorité de la tradition, sur laquelle le témoignage de Pothier ne permet, en effet, d'élever aucun doute.

Voici comment il s'exprime :

« Il faut dire, à l'égard des débiteurs solidaires, ce que nous avons dit à l'égard des fidéjusseurs. Lorsque plusieurs personnes contractent une obligation solidaire, elles ne s'obligent chacune au total que dans la confiance qu'elles pourront avoir recours contre les autres, en payant le total. C'est pourquoi, lorsque le créancier, par son fait, les a privées de ce recours, en se mettant, par son fait, hors d'état de pouvoir céder ses actions contre l'une d'elles, qu'il a déchargée, il ne doit plus être recevable à agir solidairement contre les autres, si ce n'est sous la déduction des portions pour lesquelles elles auraient eu recours contre celle, qu'il a déchargée. » (Nos 275 et 557.)

Pothier, il est vrai, restreint sa solution au cas, où c'est par un fait positif, *in committendo,* que le créancier

s'est mis hors d'état de céder ses actions contre l'un des codébiteurs aux autres codébiteurs ; et il refuse de l'appliquer au cas où cette impossibilité de sa part ne proviendrait que d'un fait négatif, *in omittendo*, oubli ou négligence.

Mais cette distinction ne saurait affaiblir l'autorité de sa doctrine sur le premier cas ;

D'autant plus que la distinction, qu'il faisait dans son *Traité des Obligations*, il l'a réfutée lui même dans son *Traité du contrat de Vente* (n° 656), par une de ces contradictions, dont l'exemple est si rare chez l'incomparable auteur !

2° On ajoute que cette doctrine doit être maintenue, parce qu'elle est conforme aux principes du droit et à l'équité.

C'est, en effet, l'un des principes les plus certains, en matière de solidarité, que le créancier ne peut point, par son fait, changer les rapports respectifs des codébiteurs entre eux, ni améliorer la condition de l'un, en empirant la condition des autres.

Pourrait il, en faisant à l'un d'eux remise de sa part dans la dette, poursuivre encore les autres pour le total ?

Évidemment non ! (*Supra*, n° 394.)

Et pourquoi?

Parce qu'il ne peut pas priver celui qui a payé, du recours, qui lui appartient, à raison de l'avance qu'il a faite pour ses codébiteurs ;

Or, la loi garantit au débiteur, qui a payé le total, la subrogation aux droits du créancier pour ce recours ; (Art. 1251, 2°);

Donc, le créancier, qui ne peut pas le priver de son recours, ne doit pas pouvoir non plus le priver des sûretés, qui en sont la garantie ;

Sûretés, sur lesquelles il a dû compter, en contractant l'obligation solidaire;

Et sans lesquelles souvent le recours lui-même serait illusoire !

Si chacun des codébiteurs est à considérer comme s'il était seul, *pour soi*, débiteur du total, c'est en ce sens que le créancier peut lui demander, en effet, le payement du total

Mais il n'est pas moins vrai que chacun d'eux ne doit, *pour soi*, que sa part, et qu'il ne doit le surplus que pour les autres, dont il est, en réalité, la caution.

Voilà pourquoi, aux termes de l'article 1215, celui des codébiteurs, que le créancier a déchargé de la solidarité, n'en reste pas moins tenu, envers ses codébiteurs, de supporter sa part proportionnelle dans les insolvabilités.

Preuve nouvelle qu'il ne saurait appartenir au créancier de changer les rapports respectifs, que la solidarité établit entre les codébiteurs.

3° Enfin, est-il équitable, est-il légal que le créancier se montre généreux aux dépens d'autrui ! et qu'il puisse, sans aucun péril pour lui-même, abandonner en faveur d'un codébiteur chancelant et peut-être déjà tombé, des sûretés, dont il n'a pas besoin, parce que les autres codébiteurs sont solvables ! les abandonner, ces sûretés, de manière à rendre illusoire le recours de ceux, qui vont lui payer la dette d'un autre !

Tel est le premier système.

Et après l'avoir exposé, nous croyons qu'il nous sera permis de dire que Troplong s'est montré, envers lui, bien sévère !

« *Cette question n'est pas proposable !* s'écrie-t-il.... *mais, en droit, il ne faut s'étonner de rien ! néanmoins, j'ai toujours été surpris que Pothier ait pris sous son patronage une si grande erreur !...* » (*Du Cautionnement*, n° 563.)

Oui ! cela est trop dur !

Et, pour notre part, sans admettre non plus ce système, nous considérons quelques-uns de ses arguments comme très-sérieux ; à ce point qu'il nous paraît impos-

sible de ne pas leur faire certaines concessions! (*Infra*, nos 499-500.)

Au reste, l'imposante phalange des jurisconsultes qui le soutiennent, n'est-elle pas une protestation contre les amères critiques de l'illustre auteur! (Comp. Cass., 13 janv. 1816, Sirey, 1816, I, 327; Nîmes, 3 déc. 1819, et Limoges, 29 août 1839, Dev. et Carrette, *Collect. nouv.*, VI, II, 161; Merlin, *Quest. de Droit*, vo *Solidarité*, § VIII; Delvincourt, t. II, p. 717; Toullier, t. VII, no 172; Duranton, t. XVIII, no 382, *note ;* Zachariæ, § CCLXXXVIII, et *note* 40; Mourlon, *De la Subrogation*, p. 514; Rodière, no 154; Ponsot, *Du Cautionnement*, no 329; Héan, *Revue pratique de droit français*, t. XIII, p. 29.)

C'est également le système qu'avaient enseigné d'abord MM. Aubry et Rau, et M. Dalloz, qui s'en sont ensuite départis. (*Infra*, no 497.)

497. — *b*. Nous croyons, en effet, que le système de la doctrine n'est pas juridique dans ses termes absolus, lorsqu'il soutient, en principe, que l'article 2037 est applicable au codébiteur solidaire.

Et sur la question ainsi posée, nous adoptons le système de la jurisprudence, qui décide que l'article 2037 ne lui est pas applicable :

Troplong, qui s'en montre le partisan si convaincu, a entrepris de le justifier par un argument, qui, s'il était fondé, serait, en effet, irrésistible.

L'exception *cedendarum actionum*, sur laquelle la disposition de l'article 2037 est fondée, procède, dit-il, du bénéfice de discussion.... *beneficium ordinis* ou *excussionis*, que Justinien introduisit, dans sa novelle IV, cap. I.

Or, le codébiteur solidaire ne peut pas opposer au créancier le bénéfice de discussion (art. 1204);

Donc, il ne peut pas lui opposer l'exception *cedendarum actionum*, c'est-à-dire la disposition de l'article 2037, qui n'est elle-même que la dérivation du bénéfice de discussion. (*Comment. du Cautionnement*, nos 223 à 239.)

Ce serait ici un hors-d'œuvre que de suivre l'éminent auteur dans les longs et intéressants développements, qu'il donne à cette thèse.

Il nous suffira, pour le succès de la démonstration, que nous poursuivons, de faire cette double réponse :

C'est, d'abord, historiquement, que l'inséparable corrélation, que Troplong prétend établir entre la cession d'actions et le bénéfice de discussion, ne paraît pas établie ; et nous faisons, à cet égard, des réserves, qu'il nous sera facile de justifier (dans le titre *du Cautionnement;* voy. aussi *infra*, n° 498).

C'est, ensuite, juridiquement, que, en admettant même que la thèse du savant auteur fût exacte, nous ne sommes pas, sous notre Code, obligés d'en subir les conséquences, si elles ne nous paraissent conformes ni aux textes nouveaux, ni aux principes, qu'ils ont consacrés. (Comp. Rodière, n° 154.)

Aussi, est-il notable que la Cour de cassation, dans les arrêts nombreux déjà, par lesquels elle a consacré le système défendu par Troplong, n'a pas une seule fois visé le moyen dont il a fait, au contraire, la base de ce système !

498. — Deux moyens surtout ont déterminé la jurisprudence : l'un, déduit des textes; l'autre, des principes et de la différence qui sépare l'obligation solidaire d'avec le cautionnement :

1° L'article 2037 renferme une disposition rigoureuse qui ne saurait être étendue au delà des termes du texte qui la prononce;

Or, ce texte, placé dans le titre du *cautionnement*, ne s'applique qu'à *la caution ;*

Donc, il est impossible de l'appliquer au codébiteur solidaire.

Pour échapper à ce syllogisme, on objecte que l'article 2037 n'est que la conséquence de l'article 1251, 2°, qui établit la subrogation légale au profit de celui qui,

étant tenu, avec d'autres ou pour d'autres, au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter; et que, puisque le codébiteur qui a acquitté la dette, a droit, de même que la caution, à la subrogation, il doit pouvoir aussi, de même que la caution, se prévaloir contre le créancier, de l'impossibilité où celui-ci s'est placé de lui transmettre les sûretés qu'il avait contre ses codébiteurs.

Mais cette déduction, si spécieuse qu'elle puisse paraître, n'est pourtant pas exacte.

Il est certain, en effet, que l'institution de la subrogation légale n'a eu d'autre but que de remplacer l'exception *cedendarum actionum*, et de dispenser ceux qui pouvaient invoquer cette exception, de la nécessité fort inutile, en effet, qui leur était imposée, de la requérir. (Comp. Pothier, n° 557; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Legisl. civ.*, t. XII, p. 279.)

Or, quel est l'effet de cette obligation, de la part du créancier, de *céder ses actions?*

Est-ce de l'obliger à conserver tout à la fois sa créance et les garanties, qui doivent en assurer le recouvrement?

Voilà ce que prétend le système contraire (*supra*, n° 496); et nous ne nierons pas, pour notre part, qu'il ne le prétende avec une certaine apparence de logique et d'équité.

Il n'en est pas ainsi, pourtant; et le seul effet qui résulte, pour le créancier, de l'obligation, où il peut être de céder ses actions, c'est de conserver sa créance elle-même.

Quant à ses sûretés accessoires, le créancier n'est tenu de les céder que telles qu'il les a et en tant qu'il les a encore, au moment où il reçoit son payement.

Il est vrai que le droit romain avait fait une exception à ces principes, en faveur du *mandator pecuniæ credendæ* et du *fidejussor indemnitatis*, qu'il autorisait à repousser l'action du créancier, lorsque celui-ci avait perdu, par

son fait ou par sa négligence, les sûretés attachées à sa créance. (Comp. le président Favre, sur la loi 22, *De pactis;* Cujas, h. l., *De pactis.*)

Mais précisément c'était là une exception, qui s'expliquait par des motifs déduits de la nature particulière de ces engagements, et qui ne s'appliquait pas à la *fidejussio.*

Il est vrai encore que notre ancien droit français avait étendu beaucoup cette exception, au point qu'elle y était presque devenue la règle! puisqu'il autorisait non-seulement le codébiteur solidaire, mais même aussi le tiers détenteur à repousser l'action du créancier, lorsque celui-ci s'était mis, du moins par un fait positif, hors d'état de leur transmettre les sûretés qui avaient d'abord garanti le recouvrement de sa créance. (Comp. Dumoulin, *Tract. de usuris,* quest. 89, nos 680 et suiv.; Loyseau, *Du déguerpissement,* liv. II, chap. VIII, nos 15 et suiv.; Pothier, *De l'hypothèque,* chap. II, art. II, § 6, et Cout. d'Orléans, tit. XX, nos 42 et suiv.)

Mais, précisément encore, tel n'est pas notre droit nouveau.

Et les textes du Code semblent, en effet, bien démontrer que le nouveau législateur n'a pas considéré que la subrogation légale, établie par l'article 1251, emportât, comme une conséquence nécessaire, l'obligation, pour le créancier, de conserver les sûretés attachées à sa créance.

Pourquoi donc aurait-il décrété spécialement, en faveur de la caution, la disposition de l'article 2037, si cette disposition eût été déjà décrétée par l'article 1251 !

Bien plus!

Un article, placé dans le titre même du *Cautionnement,* et qui ne précède que de très-peu l'article 2037, l'article 2029, dispose que :

« La caution, qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. »

Or, c'est aussitôt après cette disposition, que le législateur a cru devoir décréter, dans l'article 2037, que : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques ou priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. »

Donc, il ne considérait pas que la disposition de l'article 2037 fût renfermée dans la disposition de l'art. 2029.

2° Que l'on cherche, dans le titre *Des obligations solidaires*, une disposition pareille à celle de l'article 2037, du titre : *Du cautionnement.*

On n'y trouvera rien de semblable!

Ce que l'on voit, au contraire, c'est que, aux termes de l'article 1285, le créancier, qui fait une remise à l'un des codébiteurs, n'encourt de déchéance, envers les autres, qu'autant que cette remise s'applique à la créance elle-même.

Mais rien n'autorise à étendre la déchéance au cas où la remise faite à l'un des codébiteurs, ne s'applique qu'aux garanties accessoires de la créance.

Or, ne serait-il pas bien extraordinaire que le législateur, qui a prévu, dans ce titre, tous les cas dans lesquels le créancier pourrait être déchu de son action solidaire (art. 1210 et suiv.), eût gardé un silence complet sur la déchéance, que l'article 2037 prononce en faveur de la caution, s'il avait voulu la prononcer aussi en faveur du codébiteur solidaire!

Voilà les textes!

3° Cette différence, d'ailleurs, s'explique par la différence même qui distingue le cautionnement d'avec l'obligation solidaire, et que la Cour de cassation a parfaitement mise en relief.

« .... Attendu que le débiteur solidaire n'est pas complétement assimilable à la caution ; — Que le cautionnement est inspiré le plus souvent par la bienveillance, et par la pensée que le débiteur principal offre des garan-

ties suffisantes ; — Que la solidarité, au contraire, résulte ou d'une disposition de la loi, ou d'une obligation principale de chacun des débiteurs, et que, en pareil cas, l'importance plus ou moins grande des garanties données par l'un des codébiteurs, ne saurait être considérée comme la cause déterminante de l'engagement des autres ; — Attendu que le législateur devait une protection moins grande à celui qui est obligé lui-même avec d'autres, qu'à celui qui s'oblige gratuitement pour autrui ; et qu'il n'était pas nécessaire d'exiger, au profit d'un coobligé, la conservation des garanties données par l'autre coobligé, avec une égale rigueur, soit que ces garanties fussent une des causes fondamentales de la convention, soit, au contraire, que ces garanties ne pussent être qu'un motif accessoire du contrat ; — Attendu, dès lors, qu'on ne saurait appliquer, par simple analogie, *au codébiteur solidaire* la disposition de l'article 2037, qui oblige le créancier *à conserver et à* transmettre, à peine de déchéance, *à la caution*, tous ses droits, hypothèques et priviléges ; — Attendu que la subrogation légale, consacrée par l'article 1251, en faveur de celui qui s'est engagé avec d'autres ou pour d'autres, n'entraîne pas les conséquences rigoureuses de l'arti-2037, et ne restreint pas le libre et loyal exercice des droits du créancier, qui est simplement tenu de transmettre ses droits, tels qu'ils sont au moment du payement.... » (13 janv. 1852, Chaley, Dev., I, 104.)

Il est vrai que la Cour de cassation admet la *caution solidaire* à invoquer, contre le créancier, l'application de l'article 2037 ; et on n'a pas manqué, en effet, de se prévaloir, en faveur du *codébiteur judiciaire*, de sa jurisprudence sur ce point. (Comp. l'habile plaidoirie de Me Bellaigue, à l'audience du 18 février 1861, Dev. 1861, I, 986 ; ajout. Cass. 23 févr. 1856, Marmillod, Dev. 1857, I, 359.)

Mais la caution, quoique solidaire, n'en est pas moins toujours une caution, à laquelle s'appliquent également

les motifs qui précèdent, puisqu'elle s'engage, en effet, comme la caution simple, gratuitement pour autrui, par pure bienveillance, et probablement aussi en contemplation des sûretés qui sont fournies au créancier par le débiteur principal.

Très-différente, dès lors, elle même! des codébiteurs solidaires qui, *par rapport au créancier*, doivent être présumés s'engager, à titre intéressé, chacun pour soi, et qui sont à considérer, en effet, dans leurs rapports avec le créancier, non pas comme des cautions réciproques, mais comme autant de débiteurs principaux; de sorte que lorsque le créancier stipule des sûretés de l'un d'eux, il doit être réputé les stipuler uniquement dans son intérêt, comme s'il les stipulait d'un seul débiteur.

Aussi, est-ce dans ce sens que la jurisprudence paraît se former définitivement; avec l'adhésion même déjà d'un certain nombre de jurisconsultes, parmi les plus autorisés, dans la doctrine. (Comp. Caen, 20 mars 1833, Dev., 1835, II, 338; Toulouse, 19 mars 1842, Balarau, Dev., 1843, II, 185; Cass., 5 déc. 1843, de Bertatz, Dev., 1844, I, 71; Riom, 2 juillet, 1844, Carton, Dev., 1846, II, 370; Dijon, 30 avril 1847, Vernoy, Dev., 1847, II, 602; Bordeaux, 14 février 1851, Clayeux, Dev., 1851, II, 681; Cass., 13 janv. 1851, cité *supra;* Cass., 18 fév. 1861, Gallois, Dev., 1861, I, 986; Troplong, *du Cautionnement*, n° 563; Aubry et Rau, t. III, p. 26; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 329; Massé, *Droit commercial*, t. VI, n° 298; Toullier, t. VII, 48; Gauthier, *des Subrogations*, n° 506; Larombière, t. II, art. 1208, n° 4; Pont, *du Cautionnement*, n° 369.)

499. — L'article 2037 n'est donc pas applicable au codébiteur solidaire, comme article de loi, comme disposition impérative.

Est-ce à dire, pourtant, que le codébiteur solidaire lui-même ne serait pas, dans certains cas, fondé à prétendre que le créancier qui a détruit, par son fait, les

sûretés qu'il avait contre l'un des codébiteurs, ne peut plus exiger le payement de la dette que déduction faite de la part pour laquelle ce codébiteur en est tenu?

Cette conclusion serait, à notre avis, trop absolue.

Et nous croyons, au contraire, qu'il peut arriver que cette prétention soit fondée.

Supposez, en effet, que c'est, comme disent nos savants collègues MM. Aubry et Rau, *dans un but de malveillance et de spéculation déloyale* (t. III, p. 27) qué le créancier a fait à l'un des codébiteurs la remise des sûretés, qu'il avait contre lui pour le payement de la dette commune!

Il a renoncé à son hypothèque, sachant bien que le codébiteur qui la lui a fournie est devenu insolvable; et il y a renoncé à prix d'argent, pour lui faciliter la vente de son immeuble, en lui promettant secrètement de ne pas le poursuivre!

Qu'y a-t-il là autre chose qu'une fraude et une renonciation déguisée à la solidarité!

Une telle pratique est certainement inadmissible!

Nous opposerons donc à ce créancier, non pas l'article 2037, qui n'est pas applicable au codébiteur solidaire, mais l'article 1134, qui porte que les conventions doivent être exécutées de bonne foi!

Telle est, sans doute, la pensée que la Cour suprême exprime dans le motif de son arrêt du 13 janvier 1852 :

«.... Attendu que la subrogation légale consacrée par l'article 1251, en faveur de celui qui est engagé avec d'autres ou pour d'autres, n'entraîne pas les conséquences rigoureuses de l'article 2037, et *ne restreint pas le libre et* LOYAL *exercice des droits du créancier....* » (Chaley, Dev., 1852, t. 104.)

500. — Mais nous croyons même qu'il faut aller plus loin, et que le créancier pourrait encore être repoussé, indépendamment de toute intention malveillante et déloyale, s'il résultait de la convention, qui a créé la dette solidaire, qu'il a pris, envers les codébiteurs, l'obliga-

tion de ne pas détruire, par son fait, les sûretés qui en garantissent le recouvrement.

Une négociation pour un prêt solidaire de 20 000 fr. s'engage entre Pierre, le futur prêteur, et Paul et Joseph, les futurs emprunteurs.

Et c'est sur la demande de Paul, par son initiative, qu'il est convenu que Joseph fournira à Pierre une hypothèque.

Supposons même que l'emprunt n'est contracté que dans le seul intérêt de Joseph.

Pierre le sait parfaitement! Il sait que Paul n'intervient que pour rendre service à l'emprunteur, et qu'il n'est, par rapport à lui créancier, qu'une caution, comme dans le cas prévu par l'article 1216.

C'est dans ces circonstances que l'hypothèque est fournie par Joseph.

Et ensuite, Pierre, sans malveillance ni déloyauté, par faiblesse, par condescendance pour Joseph, lui donne mainlevée de son inscription!

Est-ce qu'il pourra venir, Joseph étant tombé en déconfiture, demander le payement du total de la dette à Paul?

Nous maintenons que la réponse, en cas pareil, devrait être négative :

1° Pierre, le créancier, aurait pu, sans doute, par une convention expresse, prendre envers Paul l'obligation de conserver son hypothèque sur l'immeuble de Joseph;

Or, une convention tacite, dès que son existence est prouvée, a autant de force.

Et la question, par conséquent, se réduit à savoir s'il résulte des circonstances du fait, que cette convention tacite est intervenue entre le créancier et le codébiteur solidaire.

Question qui, à notre avis, ne saurait être douteuse!

2° Nous ajoutons que, aux termes de l'article 1134:

« Les conventions doivent être exécutées *de bonne foi*. »

Et que, aux termes de l'article 1135 :

« Les conventions obligent, non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'*équité*, l'usage ou la loi donnent à l'obligation, d'après sa nature. »

Or, est-il rien de plus contraire à la bonne foi et à l'équité que le fait par lequel le créancier détruit les sûretés qui ont été stipulés contre l'un des codébiteurs dans l'acte même d'où procède la dette solidaire, et qui ont été, évidemment, comme nous le supposons, stipulées aussi dans l'intérêt de l'autre codébiteur!

3° Objectera-t-on que nous renversons ainsi, de nos propres mains, la doctrine que nous avons tout à l'heure édifiée, et que ceci ne tend à rien moins, en effet, qu'à déclarer que l'article 2037 est applicable au codébiteur solidaire?

Non pas!

Car il y a, entre nos deux solutions, cette profonde différence, que la première décide surtout une *question dedroit*, et la seconde surtout *une question de fait.*

Ce qui laisse aux magistrats, dans le second cas, une latitude d'interprétation qui ne saurait leur appartenir dans le premier cas.

C'est ainsi, par exemple, que, sur l'article 2037, cette double question s'agite, à savoir :

1° S'il est applicable non-seulement aux sûretés, qui ont été acquises par le créancier *avant le cautionnement ou en même temps*, mais encore aux sûretés qui ont été acquises *depuis le cautionnement;*

2° S'il est applicable non-seulement au fait positif, *in committendo*, par lequel le créancier a détruit les sûretés de la créance, mais encore au fait négatif, *in omittendo*, par lequel il les a laissé périr.

Et, malgré certaines dissidences, la jurisprudence et la doctrine s'accordent, en général, a répondre :

Sur la première question, négativement, et que l'ar-

ticle 2037 est inapplicable aux sûretés acquises par le créancier depuis le cautionnement (comp. Cass. 27 nov. 1861, Dufaure-Laprade, Dev., 1862, II, 130);

Sur la seconde question, affirmativement, et qu'il est applicable au fait négatif comme au fait positif. (Comp. Cass. 7 juillet 1862, Bouchez, Dev. 1862, I, 799.)

Eh bien! ces solutions ne nous lieront ici en aucune manière!

Et il se pourra que les juges, dans cette œuvre souveraine d'interprétation de la convention, reconnaissent :

1° Non-seulement que le créancier ne s'est pas engagé à conserver les sûretés acquises par lui contre l'un des codébiteurs solidaires, depuis le contrat par lequel la dette commune a été contractée, et sur lesquelles, en effet, les autres codébiteurs n'ont pas pu compter;

2° Mais même aussi qu'il n'a pas pris l'obligation de veiller à la conservation des sûretés qu'il a acquises dans l'acte par lequel la dette commune a été contractée, et qu'il n'y aura, de sa part, un manquement à la convention, qu'autant qu'il détruirait ces sûretés par un fait positif.

On se récrie :

C'est la restauration des anciens principes! c'est la doctrine de Pothier!

Ah! vraiment, non! une pareille objection ne nous émeut pas.

Et nous nous sentons, au contraire, bien affermi dans une doctrine dont les adversaires n'ont plus qu'à nous dire :

C'est la doctrine de Pothier!

SECTION V.

DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES.

EXPOSITION. — HISTORIQUE.

SOMMAIRE.

501. — Ce sujet est considéré comme l'un des plus abstraits de tout le droit civil.
502. — Exposition doctrinale.
503. — Exposition historique.
504. — Suite.
505. — Division.

501. — Ce sujet : *des obligations divisibles et indivisibles,* a toujours été considéré comme l'un des plus abstraits de tout le droit civil.

Le titre célèbre que Dumoulin a donné à l'œuvre qu'il y a consacrée, en témoigne : *Extricatio labyrinti dividui et individui !*

Et son exorde n'est certes pas encourageant.

« *Non fuit, nec adhuc est, in universo juris oceano, turbulentior, profundior et periculosior pelagus hoc dividuorum et individuorum tractatus!* » (*Principio.*)

La même exclamation retentit, pour ainsi dire, partout dans nos livres !

A ce point que Toullier en vient à exprimer le vœu, tout au moins étrange, que *cette doctrine abstruse de l'indivisibilité soit bannie de nos lois* (t. III, n° 798).

Comme si ce *bannissement* pouvait supprimer les faits sociaux qui s'imposent au législateur, et qu'il a le devoir de gouverner !

502. — Mais qu'est-il donc, ce sujet redoutable?

Et d'où viennent les universelles terreurs qu'il inspire?

Il semble au contraire, à première vue, qu'il est très-simple.

En règle générale, lorsqu'une obligation est contractée

au profit de plusieurs créanciers ou par plusieurs débiteurs, elle se divise activement ou passivement, en autant de parties qu'il y a de créanciers ou de débiteurs; de sorte que chaque créancier ne peut poursuivre le débiteur que pour sa part, et que chaque débiteur ne peut être poursuivi que pour sa part par le créancier.

Il en est de même, lorsqu'un creancier unique ou un débiteur unique meurt, laissant plusieurs héritiers.

La division, qui s'opère activement ou passivement, entre eux, des créances ou des dettes héréditaires, produit cet effet, que chacun des héritiers ne peut demander que sa part dans la créance, et ne peut être poursuivi que pour sa part dans la dette.

Telle est la règle.

Mais cette règle, avons-nous dit, comporte deux exceptions :

1° Lorsque l'obligation est solidaire;

2° Lorsqu'elle est indivisible (*supra*, n° 115).

Nous venons d'examiner la première exception, celle qui résulte de la solidarité.

Et c'est la seconde exception, celle qui résulte de l'indivisibilité, que nous avons à examiner maintenant.

Mais, tout d'abord, ce simple exposé suffit à dire en quoi consiste la thèse que nous abordons!

Elle se réduit finalement à cette proposition, bien simple en effet, à savoir :

Que l'obligation ne pourra pas se diviser, c'est-à-dire qu'elle ne pourra pas s'exécuter par parties, lorsqu'elle ne sera pas susceptible de se diviser, c'est-à-dire lorsqu'elle aura pour objet une prestation indivisible!

Le fait, alors, la nécessité du fait l'emportera sur le droit.

Et force sera bien d'exécuter pour le tout cette obligation qui ne pourra pas être exécutée pour partie!

Voilà la donnée première de ce sujet.

Il est vrai que cette première donnée se complique

dans les distinctions que le législateur a établies ou plutôt qu'il a reconnues entre les diverses espèces d'indivisibilités :

Les unes, *matérielles* ;

Les autres, *intellectuelles ;*

Celles-ci, *nécessaires ;*

Celles-là, *volontaires.*

Nous allons exposer ces distinctions.

Et c'est notre espoir de parvenir à démontrer que, malgré leur apparence métaphysique, elles sont puisées dans une exacte analyse des faits et dans la fidèle interprétation de la volonté des parties contractantes.

Aussi, dirons-nous que cette matière vaut mieux que sa réputation !

Est-ce sa faute, en effet, si tant d'obscurités l'environnent?

Et ne faut-il pas s'en prendre aussi à ceux qui, dans l'excès peut-être de leurs recherches très-savantes, sans doute, ont accumulé ces ténèbres autour d'elle !

Tel était l'avis de Duaren, que nous sommes tenté de partager :

«.... *Mihi autem si quid difficultatis inest, non tam in rebus ipsis.... quam in tractandi docendique ratione, ac dexteritate quadam esse videtur.* » (Sur la loi 2, § 1, ff. *De verbor. obligat.*)

505. — Les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir fait une étude spéciale de la divisibilité ou de l'indivisibité des obligations.

Quelques fragments de leurs écrits, épars, çà et là, dans le Digeste, voilà tout ce qui nous reste d'eux sur cette matière. (Comp. notamment, L. 2, § 1, 2 et 3 ; L. 72; L. 85, *De verborum obligationibus;* L. 9, § 1, *De solutionibus;* L. 72, § 2, *eodem ;* L. 80, § 1, ff. *ad Legem Falcidiam.*)

Mais il faut ajouter que ces fragments, qui appartiennent à Paul, à Ulpien et à Gaius, sont précieux et intéressants.

Aussi, sont-ils devenus le point de départ et la base de la théorie que Dumoulin a fondée dans son traité : *Extricatio labyrinti dividui et individui;*

L'une de ses œuvres les plus considérables, dans laquelle nous ne savons ce que l'on doit le plus admirer, de sa vaste érudition et de la pénétrante sagacité de sa logique, ou de la prodigieuse patience qu'il lui a fallu pour l'achever, et qui n'a d'égale, oserons-nous le dire! que la patience prodigieuse qu'il faut aujourd'hui pour le lire!

C'est que le profond jurisconsulte a poussé véritablement à outrance l'espèce d'acharnement qu'il apporte dans ses déductions; et avec les citations sans nombre qui surchargent son traité, et la tâche qu'il s'impose de concilier, quand même! les textes romains, qui paraissent se contredire, ce n'est pas une irrévérence, envers un si grand nom, d'avouer qu'il a fait lui-même de cette composition un labyrinthe, dans lequel il est fort malaisé de se reconnaître, malgré *les dix clefs* et *les trois fils* qu'il remet au lecteur pour le guider dans ses détours infinis.... *decem claves.... et tria veluti Thesæi fila...!* (Part. II, n°s 50 et 112.)

Pothier n'a guère fait que reproduire, en la résumant, la théorie de Dumoulin (n°s 288 et suiv.).

Et c'est dans le traité de Pothier, que les rédacteurs du Code ont, à leur tour, puisé les dispositions qu'ils ont formulées sur cette matière.

504. — Telles sont l'origine et la filiation historique de ces dispositions, qui doivent être l'objet de notre étude.

Toullier fait, à cet égard, une observation qui nous paraît juste :

« On peut douter, dit-il, qu'un homme, qui ne connaîtrait ni le traité de Pothier, ni celui de Dumoulin, pût parvenir à entendre les articles du Code sur les obligations divisibles ou indivisibles; on ne craint pas du moins d'affirmer qu'il n'y parviendrait qu'avec beaucoup de peine et de travail; car il en faut déjà beaucoup pour les

entendre, même avec le secours de Pothier et Dumoulin. » (T. III, n° 749, note 2.)

Aussi, invoquerons-nous souvent ce secours !

La vérité est que l'explication, que nous allons fournir, des articles du Code, ne sera, sur beaucoup de points, que la reproduction de l'ancienne doctrine; et les exemples mêmes que nous citerons, pour élucider cette matière abstraite, seront, pour la plupart, empruntés à ces grands maîtres, qui en ont, en effet, choisi d'excellents... *luculenta exempla !* (Dumoulin, Part, III, n° 111.)

505. — La division qu'il convient d'adopter, nous est tracée par le Code lui-même.

Et nous examinerons successivement les trois points suivants :

A. Quels sont les caractères distinctifs de l'obligation divisible et de l'obligation indivisible;

B. Quels sont les effets de l'obligation divisible ;

C. Quels sont les effets de l'obligation indivisible.

A. — *Des caractères distinctifs de l'obligation divisible et de l'obligation indivisible.*

SOMMAIRE.

506. — L'article 1217 est ainsi conçu :

« L'obligation est divisible ou indivisible, selon qu'elle a pour objet ou une chose qui, dans sa livraison, ou un fait qui, dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible d'exécution partielle. »

L'article 1218 ajoute :

« L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait, qui en est l'objet, soit divisible par sa nature, si le rapport, sous lequel elle est considérée dans l'obligation, ne la rend pas susceptible d'exécution partielle. »

C'est d'après ces textes, que nous avons à déterminer les caractères distinctifs de l'obligation divisible ou *dividuelle*, comme disaient aussi nos anciens, et de l'obligation indivisible ou *individuelle* (Pothier, n° 288).

507. — Et d'abord, nous devons poser deux règles qui leur sont communes.

La première, qui résulte de nos articles mêmes, et qui est fondamentale en cette matière, c'est que la divisibilité ou l'indivisibilité d'une obligation doit être appréciée d'après *la chose* ou *le fait* qui en est l'objet.

Cette règle d'ailleurs est d'évidence.

L'obligation elle-même, nous voulons dire le lien de droit, *vinculum juris*, dans lequel elle consiste, présente une idée abstraite, immatérielle, que notre intelligence ne saurait concevoir sans l'objet matériel, auquel elle s'applique, et dans laquelle il nous est bien plus impossible encore de concevoir une division, un fractionnement, qui seraient indépendants de cet objet! (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. I, nos 329-330.)

Et puis, où est l'utilité de cette distinction des obligations divisibles et des obligations indivisibles?

De quoi s'agit-il?

Il s'agit de savoir si, en présence de plusieurs créanciers ou de plusieurs débiteurs, l'obligation pourra être exécutée divisément, si chacun des créanciers ne pourra demander que sa part, si chacun des débiteurs ne pourra être poursuivi que pour sa part.

Or, il est clair que la solution de cette question est, en effet, subordonnée uniquement à la nature de la *prestation*, qui forme l'objet de l'obligation, suivant que l'objet lui-même de cette prestation, *chose, fait* ou *abstention*, sera ou ne sera pas susceptible d'une exécution divisée.

Ce ne serait rien prouver contre la *divisibilité* d'une obligation, que de dire que la cause d'où elle procède est *indivisible!*

Qu'importe, si la chose à laquelle elle s'applique, est divisible, et si elle peut être exécutée partiellement!

Nous avons eu déjà l'occasion de déduire des consé-

quences importantes de cette règle. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, nos 307 et suiv.; et notre *Traité des Successions*, t. III, n° 300.)

508. — On ne doit donc pas, pour décider si une obligation est divisible ou indivisible, considérer l'utilité qui revient au créancier de l'obligation contractée à son profit, ni le détriment qui en résulte pour le débiteur; autrement, il n'y aurait aucune obligation qui ne fût divisible. (Pothier, n° 291.)

Et voilà aussi pourquoi on ne doit pas non plus tenir compte de ce que l'obligation qui est indivisible pourrait devenir une obligation divisible, par sa conversion en une obligation dommages-intérêts, en cas d'inexécution.

Qu'importe encore!

Est-ce que, pour apprécier le caractère d'une obligation, il faut se placer dans l'hypothèse où cette obligation ne sera pas exécutée?

C'est tout le contraire!

Il faut se placer dans l'hypothèse normale.

Il faut l'apprécier au moment où elle est contractée, eu égard à la chose ou au fait qui en forme directement et immédiatement l'objet..., *secundum se et secundum naturam rei immediate in eam deductæ.* (Dumoulin, Part. II, n° 119.)

509. — Notre seconde règle, c'est qu'il ne faut pas confondre la divisibilité avec la division, ni l'indivisibilité avec l'indivision.

La divisibilité ou l'indivisibilité, c'est le *droit;* ce sont des qualités juridiques de l'obligation.

La division ou l'indivision, c'est *le fait;* c'est l'état matériel.

Une obligation peut être divisible, quoiqu'elle ne soit pas actuellement divisée; il suffit, pour qu'elle soit divisible, qu'elle puisse se diviser.

Réciproquement, de ce qu'une obligation est actuel-

lement *indivisée*, il n'en faut pas conclure qu'elle est *indivisible*, si elle est susceptible de division.

Tandis que, au contraire, de *l'indivisibilité* d'une obligation, il est clair qu'il faut conclure à l'impossibilité de la *division*.

Ceci est, en effet, très-clair, et peut-être trop!.... à ce point que Dumoulin lui-même s'écrie : « *Ne rideas !* » en nous remettant cette première clef.... « *hæc est enim prima clavis profondissimæ hujus materiæ.* » (Part. III, n° 7; Pothier, n° 288.)

510. — Arrivons maintenant aux caractères qui distinguent l'obligation divisible d'avec l'obligation indivisible.

1. Et d'abord, dans quels cas l'obligation doit-elle être considérée comme divisible?

L'obligation est divisible, lorsque la *chose*, le *fait*, ou *l'abstention*, qui en est l'objet, peut être divisé et exécuté par partie.

Cette possibilité de division ne s'entend pas seulement d'une division matérielle, mais aussi d'une division intellectuelle.

La division matérielle est physique; elle s'accomplit *per solutionem continuitatis;* elle est sensible, apparente; et un grand nombre de choses en sont susceptibles : l'argent, le blé, le vin, et tant d'autres!

Mais souvent elle ne se peut faire que par la destruction de la chose qui forme la matière de l'obligation; par la destruction, disons-nous, de sa substance juridique, de la forme essentielle qui la personnifie, et d'où elle tire son nom et sa destination.

Cette planche, que vous venez, par la scie, de couper en deux, elle est détruite dans son unité, dans son individualité.

Et c'est bien plus évident pour d'autres choses, pour une maison, par exemple, si, afin de la diviser, vous vous mettez à la démolir!

Aurez-vous des parties de cette maison?

Non!

La maison démolie n'existera plus!

Aussi la division que la science a surtout en vue, c'est la division civile, qui se conçoit par l'intelligence, indépendamment de la dissolution corporelle des éléments constitutifs de la chose.

Ce que Dumoulin explique parfaitement :

« .... *Divisio autem naturalis non debet accipi physicaliter per solutionem continuitatis, prout mathematici...; sed civiliter, scilicet quando res debita potest utiliter præstari et obligatio impleri per partes sive divisas, sive indivisas, non corrupta essentia, nec formâ rei debitæ; et sic natura accipitur hic pro aptitudine et capacitate, quam res de se, sine suæ substantiæ et formæ corruptione, habet ad utilitates hominum; non enim hic de dividuitate et individuitate physicaliter, sed civiliter, nec prout res sunt entia physica, sed prout res sunt commerciales et prout ad actus civiles omnium contractuum vel quasi ad patrimonium et usum nostrum spectant, et commercialiter.* » (Part. I, n° 5; ajout. part. III, n°s 50-51.)

Ce passage est précieux; et il nous paraît de nature à jeter beaucoup de clarté sur cette matière.

Il est de plus une preuve éloquente du principe fondamental que nous avons posé ailleurs, à savoir : que la science du droit, à la différence des sciences physiques et mathématiques, considère les choses, non pas d'après les éléments matériels qui les constituent, mais d'après la forme caractéristique, d'où résulte leur nom *substantif*, et qui les rend propres a un certain usage dans l'ordre des besoins de l'homme..., *pro aptitudine, quam habet res de se.... ad utilitates hominum.... commercialiter.*

En rapprochant cette explication de Dumoulin de l'explication de Barthole, que nous avons déjà rappelée, on aura le meilleur et le plus complet commentaire de

notre règle! (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens; — De la Propriété; — de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation*, t. II, nos 224-225.)

511. — La division civile est elle-même de deux espèces : l'une, qui se fait en parties réelles et divisées; l'autre, qui se fait en parties intellectuelles et indivisées.

Que l'on plante une borne au milieu d'un hectare de terre, on séparera cet hectare en deux parties réelles et divisées; et cette division sera, en effet, sensible et apparente.

Mais ces deux parties seront intellectuelles et indivisées, si l'on suppose que cet hectare vient d'échoir, par succession, à deux héritiers.

Il n'y aura, dans ce cas, avant la division réelle, qu'une division intellectuelle, qui consiste seulement, dit Pothier, *in jure et in intellectu* (n° 289);

Division, qui s'applique au droit afférent à chacun de ces héritiers dans l'hectare encore indivis réellement.

512. — Cette dernière espèce de division civile, celle qui se fait en parties intellectuelles et indivisées, comporte une grande étendue d'application.

Elle s'applique, non pas seulement, comme dans l'exemple que nous venons de proposer, d'un hectare de terre, aux choses qui sont susceptibles d'une division en parties réelles et divisées, mais aussi aux choses qui n'en sont pas susceptibles.

La règle est, en un mot, que cette division comprend toutes les choses qui sont susceptibles d'une copropriété indivise, et sur lesquelles plusieurs personnes peuvent avoir, en même temps, un droit égal ou inégal de propriété.

En quoi consiste-t-elle, en effet?

Précisément dans la division, dans le fractionnement du droit de propriété entre plusieurs personnes.

Donc, elle est applicable à toutes les choses sur les-

quelles plusieurs personnes peuvent avoir en même temps un droit de propriété.

Voici une usine, un navire, un cheval.

La division de telles choses en parties réelles et divisées est impossible, bien entendu! elle serait leur destruction, leur mort!

Mais la division civile est possible.

Et l'esprit juridique conçoit bien que cette usine, ce navire ou ce cheval, appartiennent à plusieurs en même temps, à chacun pour sa part, à l'un, par exemple, pour un tiers, à l'autre pour les deux tiers.

C'est ainsi qu'Ulpien disait que le débiteur d'un esclave est libéré en partie par la prestation d'une partie de cet esclave.

« .... *Qui stichum debet, parte stichi data, in reliquam partem tenetur....* »

Ce qui prouve qu'il est, en effet, libéré pour la partie de l'esclave qu'il a payé; et telle est sa conclusion :

« .... *Partem solvendo, in parte obligationis liberatus est.* » (L. 9, § 1, ff *De solut. et liberat.*)

Et, dans un autre fragment, le même jurisconsulte disait encore excellemment :

« *Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore....* » (L. 5, ff. *De Stipulat. servorum.*)

Dumoulin, en exposant cette division civile, allait lui-même au-devant d'une objection qu'elle soulève.

Que veut-on que fasse le créancier de cette partie intellectuelle et indivisée d'une chose, qui n'est pas susceptible de parties réelles et divisées?

Le tiers d'un esclave ou d'un cheval!

A quoi bon? cela serait plus incommode qu'utile.

« .... *Negari enim nequit quin ... nullius prope sit utilitatis, sed potius incommodo....* » (Part. III, n° 55.)

Il est vrai!

Mais faut-il en conclure que ces choses-là sont insusceptibles de toute division?

Évidemment ce serait là une thèse inexacte, et qui n'aboutirait à rien moins qu'à déclarer indivisibles les choses mêmes les plus divisibles, comme, par exemple, une somme d'argent, dans le cas où le payement partiel de cette somme ne peut pas remplir le but que le créancier se propose d'obtenir :

« .... *Quod etiam in nummis contingit, ut si pecunia sibi debita quis indiget, ad dotem filiæ pridie nuptiarum numerandam, vel pignus distractione instante luendum, fundum ve redimendum....* » (*Loc. supra*, n° 56.)

Il pourra, sans doute, y avoir lieu de tenir compte de ces circonstances, pour décider si la chose, quoique divisible intellectuellement, ou même matériellement, ne doit pas néanmoins être payée sans division, c'est-à dire si elle n'est pas devenue, dans l'intention des parties contractantes, indivisible *solutione* (Comp. *infra*, n° 517).

Mais, théoriquement, on ne saurait prétendre que de telles choses sont, en soi, indivisibles.

513. — D'après ce que nous venons de dire, il est facile de reconnaître que le nombre des obligations divisibles est plus considérable que le nombre des obligations indivisibles;

Puisque, à défaut de la division matérielle, lorsqu'elle n'est pas possible, nous avons la division intellectuelle, dont l'application est des plus vastes!

Aussi, la divisibilité de l'obligation est-elle, en effet, la règle ;

Et l'indivisibilité, l'exception.

Nous n'insisterons donc pas davantage sur les caractères distinctifs de l'obligation divisible.

Il ne s'agit que d'exposer les caractères distinctifs de l'obligation indivisible.

Toute obligation qui ne sera pas indivisible, c'est-à-dire qui ne sera pas dans l'exception, se trouvera en

effet dans la règle, c'est-à-dire dans la classe des obligations divisibles.

514. — II. Dumoulin a distingué trois sortes d'obligations indivisibles, ou, comme il dit, trois *degrés* dans l'indivisibilité.... *tres quasi status vel gradus.*

« Quædam enim sunt individua *contractu*, quædam *obligatione*, quædam *solutione.* »

C'est-à-dire que l'indivisibilité a, suivant les cas, un caractère plus ou moins intense dans les différentes obligations.... *ubi plus aut minus sit dividuitatis vel individuitatis.*

De sorte que l'indivisibilité offre, en effet, ces trois degrés :

« Quædam *necessaria*, quædam *naturalis*, quædam *accidentalis.* » (Part. III, n°s 57 et 75.)

515. — *a.* La première espèce d'indivisibilité, il l'appelle *individuitas naturâ vel contractu.*

Naturâ, parce qu'elle procède de la nature même de la chose due ou promise, de sa nature essentielle, et qu'elle est ainsi nécessaire et incommutable;

Contractu, parce que la chose, ou plus généralement la prestation à laquelle elle s'applique, n'est pas susceptible d'être stipulée ni promise par parties...., *quæ non possunt pro sui parte* IN CONTRACTUM *deduci.*

C'est l'indivisibilité par excellence!

L'indivisibilité radicale et perpétuelle... *absolute... semper.... intensissime... omni respectu!*

Comme l'obligation de constituer une servitude, un droit de passage ou de vue.

Il est clair que cette indivisibilité-là est indépendante de la volonté des parties contractantes, qui ne sauraient changer la nature essentielle des choses (*loc. supra cit.*; Pothier, n° 292).

516. — *b.* La seconde espèce d'indivisibilité est celle que Dumoulin appelle *individuitas obligatione.*

Obligatione ?

Pourquoi?

Parce qu'elle procède comme une conséquence non pas nécessaire, mais seulement naturelle de la chose due ou promise; d'après sa nature et sa forme telle que les parties contractantes l'ont considérée dans l'obligation.

Cette chose, en soi, n'est pas indivisible absolument.

Elle pourrait être stipulée ou promise par parties.... *in contractum quidem divisim seu pro parte deduci...*; et voilà pourquoi elle n'est pas indivisible *contractu.*

Mais elle est indivisible *obligatione*, parce que, dans *l'obligation*, telle que les parties l'ont consentie, elle a été considérée comme indivisible.

Un entrepreneur a contracté envers Paul l'obligation de lui construire une maison... *simpliciter certam domum facere.*

Voilà une chose qui, en soi, n'est pas nécessairement insusceptible d'être stipulée ou promise par parties.

Mais, *naturellement*, dans cette *obligation*, telle qu'elle a été consentie, ce que les parties ont eu en vue, c'est *une maison*, c'est-à-dire une chose d'une certaine forme, propre à une certaine distinction ;

Or, cette chose n'existe pas du tout dans cette forme, et avec cette destination, tant qu'elle n'est pas achevée;

Donc, l'objet, ainsi considéré dans l'obligation, devient, en effet, indivisible *obligatione.*

Car ce qui en est l'objet, ce n'est pas *domum incohatam*, c'est *domum simpliciter*, *scilicet opus perfectum et consummatum.* (Part. III, n° 77.)

La volonté des parties, leur commune intention, joue déja ici un rôle; et c'est, en effet, d'après leur intention commune, relativement à la chose, qui fait l'objet de leur convention, que l'on reconnaît l'indivisibilité de cet objet.

De sorte que la cause efficiente de cette indivisibilité est double : d'une part, la forme caractéristique de la chose; et d'autre part, l'intention vraisemblable des parties.

Cette intention des parties d'ailleurs n'a pas besoin d'être exprimée formellement.

Elle pourrait l'être sans doute; rien ne s'y oppose !

Mais cela n'est pas nécessaire.

« ....*Nec indiget auxilio pacti...* » ajoute fort justement Dumoulin (*loc. supra,* n° 58).

Ce pacte, cette convention d'indivisibilité résulte suffisamment de la forme même de la chose, eu égard au rapport sous lequel elle a été considérée dans l'obligation.

517. — *c.* Nous voici à la troisième espèce d'indivisibilité, que Dumoulin appelle *individuitas solutione.*

Ce qui la différencie profondement des deux autres, c'est qu'elle ne réside, en aucune manière, dans la chose ou le fait qui est l'objet de l'obligation.

Et, tout au contraire, elle implique que cette chose ou ce fait, en soi, est divisible, sous sa double face : activement et passivement.

« .... *Hæc præsupponit obligationem esse dividuam tam active quam passive...* »

Aussi, n'affecte-t-elle pas, en effet, l'obligation elle-même *ni l'action qui en dérive.*

Elle ne consiste que dans le dommage, que la division du payement pourrait causer au créancier ou au débiteur.

« ... *Et sic videtur esse potius incongruitas... et insuffisentia solutionis quam individuitas...* » (Part. I, n°s 242, 243, 256.)

Voilà pourquoi elle est appelée indivisibilité *solutione tantum,* parce qu'elle consiste, uniquement, dans cette *incongruitas solutionis* qui est la seule cause d'où procède l'obstacle, non pas à la division de l'obligation, mais à la division du payement.

Le jurisconsulte Paul fournit de cette espèce d'indivisibilité, un exemple que Dumoulin lui emprunte :

« *Pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest, veluti cum stipulatus sum hominem incertum; nam*

petitio ejus scinditur; solvi vero nisi solidus non potest; alioquin in diversis hominibus, recte partes solventur; quod non potuit defunctus facere, ne quod stipulatus sum consequar. » (L. 85, § 4, ff. *De Verbor. obligat.*)

Paul s'est obligé à me livrer *un cheval ...incertum... in genere.*

Il meurt, laissant deux héritiers.

L'un d'eux peut-il m'offrir et me forcer de recevoir la moitié d'un cheval, si l'autre ne m'offre pas, en même temps, la moitié de ce même cheval?

Non!

Car si je pouvais être forcé de recevoir d'abord divisément du premier la moitié du cheval qu'il m'offre, je pourrais être forcé de recevoir ensuite du second la moitié d'un autre cheval; et ces deux payements divisés... *ex diversis equis,* ne me feraient pas obtenir la chose qui fait l'objet de l'obligation, à savoir : un cheval.

Voilà bien l'*incongruitas* et l'*insuffisentia,* d'où procède l'indivisibilité *solutione.*

Et si l'héritier, qui offre seul la moitié d'un cheval, prétendait qu'il ne doit que la moitié, et qu'il offre *tout ce qu'il doit,* Dumoulin lui répondrait qu'il ne l'offre pas *comme il le doit :*

.... *Quia licet offerat totum quod debet, non tamen offert t debet, scilicet, cum securitate, consensu et electione cohæredum....* » (Part. II, n° 244.)

518. — Quant à l'effet que cette troisième espèce d'indivisibilité produisait, son nom même suffit à l'indiquer.

Il était restreint *au payement.*

Et il ne s'appliquait pas à l'action, à la poursuite.

L'ancienne doctrine est, sur ce point, certaine et unanime.

Ulpien, tout à l'heure, vient de nous l'attester :

« .... *Pro parte autem peti potest; solvi autem nisi solidus potest; nam petitio ejus scinditur....* » (*supra,* n° 517).

Dumoulin n'est pas moins explicite ; et supposant plusieurs héritiers du débiteur d'une obligation indivisible *solutione tantum*, il rappelle que cette obligation, en soi, est divisible, et que par conséquent, chacun de ces héritiers n'est tenu que pour sa part, et ne peut être poursuivi ni constitué en demeure que pour sa part.

« .... *Ut ipso jure non teneantur, nec conveniri, nec in mora constitui, nisi pro partibus suis....* » (Part. II, n° 242).

Et voici comment Pothier aussi s'exprime :

« Dans tous les cas ci-dessus rapportés dans lesquels une obligation, quoique, en elle-même, divisible, ne peut néanmoins s'acquitter par parties, *le créancier ne peut, à la vérité, mettre les héritiers de son débiteur en demeure qu'en donnant la demande contre tous; la demande qu'il ferait à l'un d'eux de lui payer le total, ne serait pas valable, et ne le mettrait pas en demeure, puisque l'obligation étant divisible, il ne doit pas le total....* » (n° 317).

519. — Dumoulin deduisait encore de l'indivisibilité *solutione*, un autre effet.

Cette *individuitas solutionis*, disait-il, *habet duos gradus*.

Le premier, que nous venons d'exprimer, et qui consistait en ce que le créancier ne pouvait pas être forcé de recevoir un payement *pro parte* de l'un des héritiers de son débiteur ;

Et le second, qui consistait en ce que le payement *pro parte* n'était pas libératoire, pour celui des héritiers du débiteur qui l'avait fait, lors même que le créancier avait consenti à le recevoir.

« *Secundus gradus est, quod etiamsi creditor sponte et voluntarie, sine ulla protestatione partem oblatam receperit, adhuc non sequitur liberatio in parte soluta, sed manet integra obligatio ut prius.* »

L'effet de ce payement *pro parte* était seulement de purger la demeure de celui qui l'avait fait : « .... *nisi quod, per voluntariam creditoris receptionem, purgatur mora solventis pro parte....* » (Part. II, n° 244.)

Ce second effet était même caractéristique de *l'individuitas solutione,* d'après Dumoulin, qui ne reconnaissait qu'une simple *incongruitas solutionis*, et non pas une *individuitas,* dans celle des obligations où il ne se rencontrait pas.

Pothier, toutefois, sur ce point, ne paraît pas avoir suivi sa doctrine.

Il est vrai que Pothier lui-même admet cet effet, en ce qui concerne le payement des obligations de genre et des obligations alternatives.

« Quand même, dit-il, le créancier aurait reçu volontairement la moitié de l'une des deux choses,... le payement ne recevra sa perfection, même pour cette moitié, que lorsqu'on lui aura payé l'autre moitié.... » (N° 313.)

Mais, à la différence de Dumoulin, il n'en fait pas un des caractères distinctifs de l'indivisibilité *solutione.*

Et, lorsqu'il s'occupe de cette indivisibilité, il se borne à en déduire le premier effet, à savoir : que le créancier ne peut pas être forcé de recevoir le payement *pro parte* (nos 315-316-317).

520. — Ce n'était pas, d'ailleurs, seulement, entre les héritiers du débiteur, *passive,* que cette indivisibilité de payement pouvait exister.

L'ancienne doctrine admettait qu'elle pouvait exister aussi, *active*, entre les héritiers du créancier.

Dumoulin, réfutant la doctrine contraire de Zasius, est, à cet égard, très-explicite. (Part. II, n° 130.)

Et Pothier ne s'exprime pas moins nettement, en ce qui concerne du moins les obligations de genre et les obligations alternatives :

« Cette indivision de payement, dit-il, doit avoir lieu, non-seulement lorsque la dette a été divisée du côté du débiteur, mais aussi pareillement lorsqu'elle l'a été du côté du créancier, qui a laissé plusieurs héritiers; car il est de l'intérêt de ces héritiers du créancier de recevoir une seule chose, qui leur est due, qui ne soit

commune qu'entre eux, plutôt que des portions différentes de choses qu'ils auraient chacun en commun avec des étrangers. » (n° 313); (comp. sur l'indivisibilité *solutione*, une excellente étude de M. Boistel, dans la *Revue historique de droit francais et étranger,* 1868, t. XIV, p. 147-155.)

521. — Telle était donc la doctrine ancienne.

Trois sortes ou trois degrés d'indivisibilité :

La première, l'indivisibilité *contractu*, radicale et perpétuelle, qui comprenait les deux autres :

« *Quæcumque sunt individua contractu*, *multo magis sunt individua obligatione et solutione.* » (Dumoulin, Part. III, n° 75);

La seconde, d'un degré inférieur, l'indivisibilité *obligatione*, qui comprenait l'indivisibilité *solutione ;*

Enfin, la troisième, l'indivisibilité *solutione*, s'appliquant seulement à des obligations qui n'étaient indivisibles ni *contractu*, ni *obligatione*.

522. — Après l'explication historique que nous venons de fournir, il sera facile de reconnaître que le législateur nouveau a consacré l'ancienne doctrine avec ses trois espèces d'indivisibilités :

La première, dans l'article 1217;

La seconde, dans l'article 1218;

Et la troisième, qu'il a placée dans l'article 1221.

523. — *a.* Que l'article 1217 se réfère à l'indivisibilité *natura vel contractu*, c'est ce qui résulte de ses termes mêmes.

L'objet que cet article suppose, n'est susceptible, par sa nature, d'aucune division, ni matérielle, *in partes quantas,* ni intellectuelle, *in partes quotas.*

Non-seulement il résiste à un fractionnement corporel, numérique ou géométrique, comme celui, par exemple, des pièces de monnaie, que l'on sépare en les comptant, ou d'un hectare de terre, que l'on divise par une opération d'arpentage;

Il résiste à un fractionnement intellectuel du droit dont il est affecté.

En un mot, aucune partie ne saurait en être détachée, de manière à procurer une utilité proportionnelle à l'utilité que procure le droit total.

C'est tout ou rien !

«.... *Ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere,* » dit Gaius. (L. 80, § 1, ff. *Leg. Falcid.*)

Paul a stipulé une servitude de passage sur le fonds de Pierre.

Paul meurt, laissant deux héritiers, chacun pour moitié.

Cette servitude va-t-elle se diviser entre eux ?

Matériellement ! c'est bien impossible.

Et intellectuellement ?

Tout autant !

Accorder à chacun d'eux la moitié du droit de passage, c'est une ironie.

Chacun d'eux passera tout à fait ;

Ou il ne passera pas du tout.

Exemple probant de notre règle, que l'indivisibilité intellectuelle, consiste en ceci qu'une partie détachée du droit, dont la chose est l'objet, ne saurait procurer une utilité proportionnelle à l'utilité totale, *une et indivisible,* que l'exercice de ce droit, dans son intégrité, peut seul procurer.

Voilà bien la première espèce d'indivisibilité.

Natura, parce qu'elle résulte de la nature propre de la chose, qui fait l'objet de l'obligation ;

Contractu, parce qu'elle est nécessaire et telle, en effet, que l'objet qui en est affecté, ne peut être ni stipulé ni promis par parties. (Comp. *supra*, n° 515.)

524. — Nous venons de citer l'exemple d'une servitude, qui est, en effet, le type, pour ainsi dire, de cette indivisibilité radicale. (Comp. art. 709-710 ; et notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 701.)

Cet exemple d'ailleurs, n'est pas le seul!

Et le même caractère se rencontre dans bien d'autres obligations, comme celles :

De constituer une hypothèque (art. 2114; L. 6, Cod. *De distract. pign.*);

De faire un voyage dans tel pays;

Ou de ne pas faire ce voyage;

De livrer ou de communiquer un titre.... etc. (Comp. Bordeaux, 24 juin 1834, Sibille, Dev., 1834, II, 580.)

525. — *b*. — De même que l'article 1217 reproduit l'indivisibilité *natura;*

L'article 1218 reproduit l'indvisibilité *obligatione.*

Ici, la chose ou le fait, qui forme l'objet de l'obligation, est divisible par sa nature; divisible soit intellectuellement, soit même matériellement.

Cette chose ou ce fait pourrait donc, si telle était l'intention des contractants, être stipulé ou promis par parties.

Mais le rapport, sous lequel les contractants l'ont considéré dans l'obligation, lui imprime un véritable caractère d'indivisibilité.

Quel est ce rapport?

C'est le genre d'utilité que l'un des contractants, au su de l'autre, se propose d'en retirer; l'usage, qu'il veut en faire; la destination, à laquelle il entend l'employer.

Or, le genre d'utilité, que les choses peuvent nous rendre, ce service, cette fonction, auxquels ils sont employés dans l'ordre de nos besoins, dépendent, le plus souvent, de leur forme specifique et caractéristique; (comp. *supra*, n° 510).

Et voilà comment cette indivisibilité du second degré, en même temps qu'elle procède de l'intention des contractants, et qu'elle est en effet *contractuelle*, a pourtant elle-même aussi pour cause, dans une certaine mesure, la *nature* de la chose qui forme l'objet de l'obligation.

Car c'est de *la nature* de *la chose*, de sa forme et de

sa destination, que l'on déduit l'*intention* des contractants de la considérer comme indivisible.

Un entrepreneur a pris, envers un propriétaire, l'obligation de lui construire une maison, d'après un devis arrêté entre eux.

C'est un exemple de Dumoulin, et l'un des meilleurs, que nous avons cité plus haut (n° 516).

Voilà une chose, qui, en soi, d'après sa nature, ne serait pas indivisible, ni intellectuellement, ni matériellement.

Et il se peut qu'elle se trouve, en effet, divisée dans les traités particuliers que l'entrepreneur passera avec des sous-entrepreneurs.

Mais dans le traité, que le propriétaire a fait avec cet entrepreneur principal, sous quel rapport la maison, qui forme l'objet de l'obligation, a-t-elle été considérée?

Sous le rapport de ses éléments matériels?

Nullement!

Et pas davantage, sous le rapport de l'opération successive et passagère, *transiens*, qui consiste à la construire étage par étage!

Ce que le propriétaire a stipulé et ce que l'entrepreneur a promis, c'est le résultat complet et permanent de l'opération,... *opus perfectum!*

C'est-à-dire que la maison a été considérée comme un certain être, d'une forme spécifiquement déterminée, propre à une certaine destination, à être louée ou habitée.

Or, la maison, ainsi considérée, n'existe, en effet, que par la consommation complète et permanente de l'œuvre, qui doit lui donner sa forme, son nom et sa destination.

Et il ne saurait y avoir *de parties* d'une chose, qui n'existe pas encore.

C'est ce que disait Gaius fort élégamment :

« .... *Neque enim ullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ*

ex consummatione contingit, non dederit.... » (L. 80, § 1, ff. *ad leg. Falci; supra*, n° 516.)

526. — Autre exemple :

Paul a pris envers moi, l'obligation de me livrer une pièce de terre, de telle contenance, pour y construire une maison ou une usine.

Je n'ai pas stipulé cette pièce de terre..., purement et simplement..., *simpliciter.* (Dumoulin, Part. III, n° 59.)

Je l'ai stipulée..., *cum certa circumstancia individua pricipaliter intenta et in obligationem deducta...*, avec l'intention, connue de Paul, de l'employer à cette distination, qui détermine, entre nous, le rapport sous lequel elle a été considérée dans l'obligation.

L'un des héritiers de Paul pourrait-il venir m'offrir sa part héréditaire, c'est-à-dire une pièce de terre d'une étendue moindre que celle qui fait l'objet du contrat?

Eh ! que ferai-je de cette partie pour la destination que j'avais en vue?

Est-ce que je pourrais retirer, de cette prestation partielle, une utilité proportionnelle à l'utilité que la prestation totale m'aurait procurée?

Évidemment non !

On ne construit pas un tiers, ou un quart d'usine!

Donc, l'obligation de me livrer cette pièce de terre, à l'effet d'y construire une usine, est indivisible *obligatione.* (Comp. L. 72, *princ.* ff. *De Verbor. obligat.*; Pothier, n° 293; Orléans, 3 avril 1851, Nouvellon, Dev., 1852, II, 201; Cass., 23 juin 1851, Deballoy, Dev., 1852, I, 603.)

527. — L'indivisibilité *obligatione* se rencontre bien plus fréquemment dans la pratique, que l'indivisibilité *natura.*

C'est qu'elle est susceptible de s'appliquer à toutes les obligations, quel qu'en soit l'objet : *donner*, *faire*, *ou ne pas faire.*

L'exemple, que nous venons de fournir, de l'obligation

contractée par un entrepreneur, envers un propriétaire, de construire *une maison*, comprend, bien entendu, toute obligation semblable, qui consiste à faire un certain ouvrage.... *quia operis effectus in partes scindi non potest.* (L. 85, § 2, ff. *De Verbor. obligat.*)

Il en est ainsi, par le même motif, de l'obligation qui consiste *à faire des réparations*, de la part des héritiers d'un usufruitier, par exemple, ou de tous autres; du moins est-ce là une question d'appréciation, qui devra être le plus souvent, en effet, résolue dans le sens de l'indivisibilité. (Comp. Cass., 11 janv. 1825, Sirey 1825, I, 285; Cass., 23 juin 1851, Duhallay, Dev., 1851, I, 603.)

528. — Pothier rappelle même que plusieurs docteurs avaient pensé autrefois que toutes les obligations *in faciendo vel in non faciendo* étaient indivisibles. (n° 290.)

Mais il adhère à la réfutation, par laquelle Dumoulin avait répondu :

« *Omnis obligatio etiam facti dividua est, nisi quatenus de contrario apparet....* » (Part. III, n° 112.)

La même règle est applicable aux obligations de ne pas faire.

Un voiturier a pris l'obligation d'engranger ma récolte.

Ou le propriétaire d'une forêt s'est obligé, envers moi, à ne pas la défricher.

Ces deux obligations, l'une *in faciendo,* l'autre *in non faciendo,* sont-elles indivisibles ?

Pourquoi donc le seraient-elles?

Si la moitié de ma récolte a été engrangée, l'obligation *de faire* n'a-t-elle pas été exécutée pour moitié?

Ou si une moitié de la forêt a été défrichée, est-ce que l'obligation *de ne pas faire* n'a pas été aussi exécutée d'autant?

Evidemment oui!

De notre temps, toutefois, encore, l'ancienne théorie a été reprise par un savant professeur de l'Uuniversité de

Louvain; Molitor enseigne, en effet, qu'il faut considérer indistinctement comme indivisible toute obligation de faire ou de ne pas faire. (*Cours de droit romain approfondi*, t. I, p. 351.)

Les exemples, qui précèdent, et que nous pourrions multiplier, suffisent à en démontrer l'inexactitude.

Il est vrai que Pothier a fourni une arme à cette théorie, en présentant comme divisible l'obligation *de ne pas inquièter le possesseur d'un héritage;* et c'est avec raison, suivant nous, que Marcadé, (art. 1218, n° 111) remarque que cette hypothèse n'est pas bien choisie; car celui, qui a contracté une telle obligation, ne pourrait pas revendiquer une partie de l'héritage, sans *inquièter le possesseur,* et par conséquent, sans contrevenir, *pour le tout,* à son obligation *de ne pas l'inquièter.*

Abandonnons donc cette hypothèse à l'ancienne doctrine.

Il nous en reste encore assez contre elle! (Comp. Duranton, t. XI, n° 253; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 35.)

529. — Un entrepreur s'est obligé à réparer ma maison, moyennant une somme de 10 000 fr., que je me suis obligé à lui payer.

Son obligation qui consiste à *faire,* c'est-à-dire à *achever* un certain ouvrage, est indivisible; c'est ce que nous venons de reconnaître. (*Supra*, n° 527.)

Et la mienne, qni consiste à lui payer 10000 fr.?

Elle est également indivisible, répond la Cour d'Orléans, dans un arrêt du 3 avril 1851.

De sorte que, si je meurs laissant deux héritiers, chacun d'eux pourra être poursuivi pour la totalité!

« Considérant, en droit, que, dans tous les contrats commutatifs, au nombre desquels figure essentiellement le contrat de louage d'ouvrage, une des parties s'engage à donner ou à faire une chose, qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce que l'on fait

pour elle, ainsi que le dit textuellement l'article 1104 du Code civil; *que le payement, dans l'espèce, ne serait pas l'équivalent des constructions, s'il n'était pas indivisible comme elle; d'où il résulte que l'indivisibilité de l'œuvre doit réfléchir sur l'obligation d'en payer le prix....* » (Nouvellon, Dev., 1852, II, 202.)

C'est-à-dire que, d'après la doctrine de cet arrêt, l'obligation, même la plus divisible, deviendrait indivisible, par cela seul que, dérivant d'un contrat commutatif, elle serait corrélative à une obligation indivisible.

Mais une doctrine pareille est évidemment inadmissible!

Les obligations, qui dérivent d'un contrat commutatif, n'en forment pas moins, malgré leur mutuelle corrélation, deux obligations distinctes et différentes, qui ont, chacune, son objet distinct, en effet, et différent. (Comp. le t. I de ce *Traité*, n° 21 et 424.)

Et de ce que l'objet de l'une est indivisible, il ne s'ensuit nullement que l'objet de l'autre doive l'être aussi nécessairement!

Comment! l'obligation de payer une somme de 10000 fr., serait indivisible, par cela seul qu'elle a pour cause des réparations à faire à un immeuble!

Mais où irions-nous avec une telle donnée!

Et combien d'obligations, parmi les plus divisibles, ne deviendraient-elles pas indivisibles!

Non! cette obligation-là n'a aucun caractère d indivisibilité. (Comp. Cass., 23 juin 1851, Duhallay, Dev., 1821, I, 603.)

530. — *c.* Reste la troisième espèce d'indivisibilité, que la doctrine ancienne appelait *solutione tantum.*

Où est-elle?

Les articles 1217 et 1218 n'en font aucune mention!

Il est vrai; ce n'est pas dans la classification des indivisibilités, que les rédacteurs du Code s'en occupent.

Mais nous allons la trouver très-reconnaissable, à la

place qu'ils lui ont donnée dans le § I de cette section, où ils règlent les *effets de l'obligation divisible*.

Comment, en effet, ne pas la reconnaître dans le n° 5 de l'article 1221, qui dispose que l'obligation, même divisible, ne se divise pas entre les héritiers des debiteurs :

« 5° Lorsqu'il résulte soit de la nature de l'engagement, soit de la chose, qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, *que l'intention des contractants a été que la dette ne peut s'acquitter partiellement.* »

Voilà bien l'indivisibilité *solutione* !

Et c'est justement, d'ailleurs, que les rédacteurs du Code, suivant l'exemple de Pothier (n° 295) ne s'en sont occupés qu'en traitant des obligations divisibles.

Car elle est elle-même une obligation divisible, activement et passivement !

L'indivisibilité, qui s'y rencontre, n'affecte pas l'obligation elle-même.

Elle n'en affecte que le mode d'exécution et le paiement.

Et elle ne l'affecte, comme dit très-bien notre texte, que par suite *de l'intention* des contractants, de leur intention expresse ou tacite.

En un mot, elle ne constitue pas *une indivisibilité* véritable, mais seulement une exception à la règle qui gouverne l'obligation divisible.

J'ai prêté 20 000 fr. à Paul, jusqu'au 1er mars, en le prévenant que j'ai besoin, précisément pour ce jour, de cette somme, afin d'exercer une faculté de rachat, dont le terme expire le lendemain.

Paul meurt, avant l'échéance, laissant quatre héritiers.

L'un d'eux pourra-t-il m'offrir sa part, si les autres ne m'offrent pas, en même temps, la leur ?

Certainement non !

Une somme d'argent est pourtant ce qu'il y a de plus divisible !

Oui!

Mais l'intention évidente des parties a été qu'elle fut indivisible, en un certain point, c'est-à-dire, quant au paiement!

Et la convention tacite qui en résulte, doit faire leur loi commune.

Ainsi l'exige la bonne foi, et l'équité!

« .... *totum enim hoc æquitas gubernat*, dit Dumoulin. (Part. II, n° 40.)

C'est surtout lorsque la chose, qui fait l'objet du contrat, est indivisible matériellement, et n'est divisible qu'intellectuellement, que cette intention des parties doit facilement se présumer.

Paul m'a promis de me livrer un cheval *in genere*.

S'il meurt, laissant quatre héritiers, chacun d'eux pourra-t-il m'offrir, de son côté, le quart d'un cheval quelconque?

L'intention des parties, la bonne foi, l'équité, s'y oppose certainement encore.

Ce n'est pas ici le lieu de nous occuper de cette espèce d'indivisibilité.

Ces exemples suffiront pour démontrer la double proposition, qu'il s'agit, en ce moment, d'établir, à savoir:

D'une part, qu'elle est logique en théorie, de même qu'elle correspond, dans la pratique, à un ordre de faits très-fréquents et très-importants;

Et, d'autre part, que notre Code l'a, en effet, consacrée.

531. — Ces deux propositions, pourtant, ont excité de vives dissidences.

M. Rodière, surtout, a fort malmené théoriquement l'indivisibilité *solutione*, *qu'il faut*, dit-il, *reléguer.... parmi les revêries de la scolastique.* » (n° 333.)

D'après notre savant collegue, cette indivisibilité *solutione* se confond nécessairement avec l'indivisibité *obligatione;* et elle n'existe pas comme un troisième *degré* distinct du second.

Nous maintenons, au contraire, que cette distinction est juridique, quoiqu'elle offre, en effet, nous en convenons des nuances délicates.

Ces deux espèces d'indivisibilité, l'une *obligatione*, l'autre *solutione*, ont sans doute ce trait commun de ressemblance, qu'elles procèdent de l'intention des parties contractantes.

Il est vrai! et de là vient certainement la confusion que l'on a faite entre elles, et que nous entreprenons de dissiper.

Mais cette identité d'origine, qui semble, à première vue, les confondre, est précisément le moyen qui doit servir à les distinguer.

En effet, l'intention des parties de rendre l'obligation indivisible peut être plus ou moins énergique.

Or, c'est d'après le degré d'énergie de leur intention qu'il faut décider si l'indivisibilité, qu'elles ont voulu établir, s'arrête au second degré ou descend jusqu'au troisième.

Rien de plus rationnel, dès qu'il est reconnu (ce qui est incontestable), que la loi permet aux parties d'imprimer à l'obligation qu'elles contractent, un caractère d'in divisibilité;

Rien de plus rationnel, disons-nous, que la loi leur permette d'imprimer à l'obligation ce caractère avec plus ou moins d'intensité, et de la rendre indivisible, soit sous tous les rapports, soit sous certains rapports seulement.

Dans le premier cas, si les parties ont voulu rendre l'obligation indivisible sous tous les rapports, *activement et passivement*, ce sera l'indivisibilité *obligatione;*

Dans le second cas, si elles n'ont voulu la rendre indivisible que sous un rapport, *passivement,* ce sera l'indivisibilité *solutione tantum.*

C'est-à-dire, finalement, que la distinction qui doit servir à séparer l'indivisibilité *obligatione* d'avec l'indi-

visibilité *solutione*, et à les rendre reconnaissables, réside dans une question de fait, dans une question d'interprétation de volonté.

532. — Existe-t-il un moyen, un procédé juridique, pour nous aider à la découverte de la véritable intention des parties sur ce point?

Il serait, à notre avis, téméraire de l'affirmer.

C'est une question de fait, avons-nous dit, une question d'interprétation de volonté.

Or, la solution de ces sortes de questions est toujours subordonnée aux circonstances particulières de chaque espèce.

Et c'est, en effet, avant tout, dans ces circonstances, qu'il faut rechercher l'intention des parties, et laquelle des deux indivisibilités elles ont voulu établir, soit l'indivisibilité *obligatione*, soit l'indivisibilité *solutione tantum*.

Toutefois, sous cette réserve, nous croyons pouvoir relever, entre l'une et l'autre espèce d'indivisibilité, certaines différences qui nous paraissent de nature à les distinguer et à faire reconnaître laquelle des deux les parties ont eu l'intention d'établir.

L'indivisibilité *obligatione*, quoiqu'elle procède certainement de l'intention des parties, c'est-à-dire *du rapport sous lequel elles ont considéré la chose, qui fait l'objet de l'obligation* (art. 1218), cette indivisibilité procède aussi, à certains égards, de la nature même de cet objet;

En ce sens, que, ce rapport étant une fois déterminé, la chose qui fait l'objet de l'obligation, reçoit elle-même un caractère d'indivisibilité absolue, à l'égal de l'indivisibilité *natura*.

Aussi, n'y a-t-il pas de différence dans les effets de l'une et de l'autre; et c'est, à notre avis, une question sans intérêt, et qui ne peut que multiplier les abstractions métaphysiques dans ce sujet déjà suffisamment ténébreux, que de se mettre en peine de savoir si une obligation, dont l'indivisibilité absolue est certaine, est

indivisible de l'une ou de l'autre manière, *natura* ou *obligatione;*

Car l'indivisibilité *obligatione* est, disons-nous, aussi indélébile que l'indivisibilité *natura*, en ce sens que les parties ne pourraient entreprendre d'enlever à l'obligation ce caractère qu'en la transformant et en la *dénaturant*.

Est-ce que l'obligation, en effet, ne serait pas dénaturée, dans son essence même, si le propriétaire, envers lequel un entrepreneur s'est engagé à construire *une maison*, consentait à recevoir, au lieu de la maison, les pierres, le bois, le fer et les autres éléments nécessaires pour la construction? (*Supra*, n° 525.)

Assurément oui!

Ce serait là un tout autre objet et une toute autre obligation!

Mais, au contraire, l'indivisibilité *solutione tantum* n'a pas ce caractère inaltérable; et les contractants pourraient très-bien, sans dénaturer aucunement l'obligation, à laquelle ils l'ont donné d'abord, le lui retirer ensuite.

Cette somme d'argent, que je vous ai prêtée, en stipulant qu'elle me serait rendue le premier mars, parce que j'en ai besoin pour exercer une faculté de rachat, qui expire le lendemain, cette somme n'en demeure pas moins parfaitement divisible, malgré notre stipulation.

Aussi l'obligation de la payer, qui sera indivisible, il est vrai, passivement, à l'égard des héritiers du débiteur, sera divisible activement, à l'égard des héritiers du créancier.

Et certainement les parties pourraient convenir ensuite, sans la dénaturer, qu'elle deviendra divisible, même passivement à l'égard des héritiers des débiteurs.

Voilà donc entre l'indivisibilité *obligatione* et l'indivisibilité *solutione tantum*, une différence qui pourra être un moyen de les distinguer et de les reconnaître (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 42.)

533. — M. Boistel en a proposé un autre dans son

étude sur l'indivisibilité *solutione* (*Revue historique*, 1868, t. XIV, p. 166-170, 173.)

D'après notre honoré collègue :

« L'avantage indivisible que les parties ont eu en vue, est-il la cause du contrat? alors il y a indivisibilité *obligatione*. — L'avantage indivisible qu'on a eu en vue, n'est-il qu'une condition accessoire ou un motif du contrat? alors il y a indivisibilité *solutione tantum*.... »

« .... Ainsi, l'obligation de construire une maison est indivisible *obligatione*, parce que l'avantage, qui est la cause du contrat, c'est la possibilité d'habiter, fait indivisible en lui-même. La stipulation directe d'un terrain pour construire une usine, ou d'une somme d'argent (*pour tirer quelqu'un de prison*) ou pour exercer un réméré, est indivisible *obligatione*, parce que la cause du contrat, expressément indiquée dans la convention, est la possibilité de construire un bâtiment dans une dimension donnée, ou de tirer de prison, ou d'exercer le réméré; tous avantages qui sont indivisibles.... »

« .... Mais je vous prête à intérêt une somme d'argent; et, pour trouver, lors de la restitution, un placement avantageux, je stipule que jamais le payement ne sera fractionné, même par vos héritiers. Cette condition ne touche en rien à l'essence du contrat; l'objet, la somme d'argent, est parfaitement divisible en lui-même; la cause du contrat réside dans des avantages parfaitement divisibles en eux-mêmes, et auxquels nous ne changeons rien; c'est, de votre part, le désir d'avoir à votre disposition la somme empruntée; de ma part, le désir de placer mon argent à intérêt. Si je stipule que je ne pourrai jamais être payé par parties, c'est uniquement comme condition accessoire et accidentelle du contrat. L'avantage, que j'en espère, n'est pas pour moi la cause du contrat; c'est un des motifs qui m'ont déterminé à contracter dans ces conditions; dès lors, il n'y a qu'une indivisibilité *solutione*.... »

Ce moyen, à l'appui duquel M. Boistel cite fort à propos un passage de Pothier (n° 315), est, en effet, ingénieux; il s'ajoute, en le complétant, à celui que nous venons d'indiquer; et les deux moyens réunis nous paraissent fournir un *criterium*, logique en théorie, et satisfaisant en pratique, pour distinguer l'une d'avec l'autre nos deux espèces d'indivisibilités.

534. — Avons-nous à prouver maintenant que cette indivisibilité *solutione*, dont l'existence juridique et pratique est si bien démontrée, a été admise, en effet, par notre Code?

Plusieurs jurisconsultes l'ont nié pourtant!

Et, d'après eux, l'article 1221, 5° ferait double emploi avec l'article 1218, et ne serait qu'une inutile reproduction de l'indivisibilité *obligatione*.

« Est-il possible, s'écrie Toullier, d'apercevoir quelque différence entre une obligation que *le rapport sous lequel elle a été considérée*, ne rend pas susceptible *d'exécution partielle*, d'après l'article 1218, et une obligation exceptée du principe de la division, parce qu'il résulte *soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée*, que l'intention des parties a été *que la dette ne put s'acquitter partiellement!* » (T. III, n° 792; comp. Duranton, t. XI, n° 247; Rodière, nos 333-334.)

Oui! il y a une différence; et nous venons, à l'instant même, de la signaler (*supra*, nos 532-533).

Ce qui est vrai seulement, c'est que la rédaction de l'article 1218, comparée à la rédaction de l'article 1221, 5°, peut, en effet, offrir quelque équivoque.

Au lieu de dire, comme on l'a fait dans l'article 1218, que le rapport sous lequel la chose a été considérée, ne la rend pas susceptible *d'exécution partielle*, il aurait fallu dire : « ne la rend pas susceptible *de division.* »

Et, avec cette formule, on aurait évité de faire naître cette fausse ressemblance de l'obligation indivisible, *obli-*

gatione de l'article 1218, avec l'obligation indivisible *solutione* de l'article 1221, qui lui! a parfaitement raison de dire que l'effet de cette indivisibilité consiste en ce que *la dette ne peut s'acquitter partiellement.*

Mais c'est là tout au plus un défaut de rédaction, qui ne suffit certes pas à détruire l'ancienne et traditionnelle distinction des trois degrés d'indivisibilité!

535. — Nous venons d'exposer, d'après les articles 1217 et 1218, les caractères distinctifs de l'indivisibilité.

Le législateur les complète par la disposition de l'article 1219, qui est ainsi conçu :

« La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité. »

Il faut ajouter que, réciproquement, l'indivisibilité ne donne point à l'obligation le caractère de la solidarité.

Ce sont là, en effet, deux qualités toujours distinctes :

« *Aliud est quem teneri in solidum, aliud totaliter.* »

C'est une des *clefs* de Dumoulin, la huitième, *octava clavis!* (Part. III, n° 112.)

536. — La solidarité *stipulée,...* dit notre texte.

Et la solidarité *légale ?*

Tout de même!

Il ne s'agit pas de son origine, ni de la manière dont elle peut être établie.

Il s'agit de son caractère!

Et, à ce point de vue, la solidarité, quelle qu'elle soit, conventionnelle, testamentaire ou légale, est toujours distincte de l'indivisibilité.

537. — Ce n'est pas que la solidarité et l'indivisibilité soient exclusives l'une de l'autre.

Elles peuvent certainement se trouver réunies dans la même obligation.

Mais chacune d'elles y conservera son caractère.

Et il n'en faudra pas moins toujours appliquer, dans

cette espèce de *croisement*, les effets particuliers à l'une et à l'autre.

538. — C'est que la nature particulière de l'une et de l'autre est très-différente !

Toutes les deux, il est vrai, la solidarité et l'indivisibilité, produisent cet effet commun, que l'exécution de l'obligation peut être demandée pour le tout, *in solidum*, soit par chacun des créanciers, soit contre chacun des débiteurs.

Mais cet effet commun procède, dans l'une et dans l'autre, de deux causes très-différentes.

La cause, d'où procède la solidarité, est personnelle;

Tandis que la cause, d'où procède l'indivisibilité, est réelle.

Voilà ce que Dumoulin exprime parfaitement :

« ... *In correis debendi vel credendi..., qualitas solidi personalis est...* »

« *Sed qualitas solidi in individuis realis est...* » (Part. II, n° 222.)

C'est-à-dire que la solidarité dérive du titre même qui la constitue, et de la nature particulière du lien, qui en résulte;

Et l'indivisibilité, au contraire, dérive de la chose ou du fait, qui est la matière de l'obligation, et de sa nature particulière, qui ne le rend pas susceptible d'une prestation partielle; or, ceci est vrai dans tous les cas, et même pour l'espèce d'indivisibilité qui ne résulte que de l'intention expresse ou présumée des parties.

Car, finalement, c'est toujours en une impossibilité *réelle* de *division* que l'*indivisibilité* se résume !

539. — Cette distinction entre la solidarité et l'indivisibilité est fondamentale.

Et pourtant, il faut bien que nous ajoutions qu'elle est souvent méconnue.

« On ne conçoit pas, disent MM. Aubry et Rau (t. III, p. 37), comment la Cour de cassation a pu juger qu'une

obligation, indivisible de sa nature, est toujours solidaire, lors même que la solidarité n'a pas été stipulée. » (11 janv. 1825, Sirey, 1825, I, 285.)

Déjà, en effet, nous avons signalé cette confusion (*supra*, n° 293), que l'on rencontre dans un grand nombre de décisions judiciaires :

« Attendu, porte un arrêt de la Cour de Bordeaux, que la stipulation de la remise des pièces et documents dont s'agit, *étant, par sa nature, indivisible,* rend les sieurs Sibille et Glace *solidaires des engagements contractés par eux dans cet objet...* » (24 juin 1834, Sibille, Dev., 1834, II, 580.)

Eh bien, non!

L'indivisibilité n'engendre pas la solidarité;

Pas plus que la solidarité n'engendre l'indivisibilité.

540. — Et ce n'est pas là une vaine formule ni une question de mots.

Des différences pratiques d'une grande importance résultent de cette différence théorique qui sépare la solidarité et l'indivisibilité.

Ces différences se produiront successivement, à mesure que nous exposerons les effets de l'indivisibilité, et que l'on pourra les comparer aux effets de la solidarité, que nous avons déjà exposés.

Il ne sera pas néanmoins sans intérêt d'en mettre, dès à présent, en relief quelques-unes.

Ainsi :

1° La solidarité n'empêche pas la division de la créance ou de la dette entre les héritiers du créancier ou les héritiers du débiteur décédé;

Tandis que l'indivisibilité (le mot lui-même l'implique!) empêche toute division; de sorte que la créance ou la dette demeure indivisible, après comme avant le décès du créancier ou du débiteur.

2° La mise en demeure de l'un des codébiteurs solidaires constitue les autres codébiteurs en demeure, rela-

tivement à la perte de la chose et au cours des intérêts (art. 1205, 1207);

Tandis que la mise en demeure de l'un des débiteurs d'une obligation indivisible ne constitue pas en demeure les autres débiteurs.

3° La prescription interrompue contre l'un des cohéritiers d'un codébiteur solidaire n'est pas interrompue contre les autres;

Tandis que la prescription interrompue contre l'un des débiteurs d'une obligation indivisible est, par cela même, interrompue contre les autres débiteurs. (Art. 2249; *supra*, n° 355.)

4° La perte de la chose, causée par le fait de l'un des codébiteurs solidaires, ne libère pas les autres (art. 1205.);

Tandis que la perte de la chose, par le fait de l'un des débiteurs d'une obligation indivisible, libère les autres débiteurs, à l'égard desquels le fait de l'un d'eux est considéré comme un cas fortuit.

5° Lorsqu'une obligation solidaire se trouve, par la faute ou par le fait de l'un des débiteurs, convertie en une obligation de dommages-intérêts, cette nouvelle obligation demeure encore solidaire;

Tandis que l'obligation indivisible, lorsqu'elle est convertie en une obligation de dommages-intérêts, se transforme en une obligation divisible, dont chacun des débiteurs n'est tenu, désormais, que pour sa part et portion.

Par ce parallèle, on peut reconnaître que si les effets de la solidarité sont, parfois, plus rigoureux que les effets de l'indivisibilité (n° 3);

Les effets de l'indivisibilité sont parfois aussi plus rigoureux que les effets de la solidarité (n° 4).

B. — *Des effets de l'obligation divisible.*

SOMMAIRE.

541. — L'article 1220 est ainsi conçu :

« L'obligation, qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts, dont ils sont saisis, ou dont ils sont tenus comme représentants le créancier ou le débiteur. »

Voilà une règle que nous connaissons déjà, et que nous retrouverons encore dans l'article 1244, en ces termes :

« Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir, en partie, le payement d'une dette, même divisible.... »

Lors donc qu'il n'y a en scène qu'un créancier unique et un débiteur unique, l'obligation, même divisible, doit être exécutée comme si elle était indivisible ;

Pour le tout, en un seul payement !

Cette règle est très-juridique ; et elle dérive évidemment de la volonté bien interprétée des parties.

Est-il vraisemblable, en effet, que le créancier ait consenti à recevoir successivement des parties de la chose qui lui est due ; des parties, dont il ne pourrait, le plus souvent, faire un emploi aussi prompt, ni aussi avantageux, qu'il pourrait faire de la chose totale ?

Assurément non !

D'autant plus que, s'il était permis au débiteur de fractionner ses payements, il n'y aurait et il ne pourrait y avoir aucune limite, à ces fractionnements, et que l'obligation pourrait, à son gré, être morcelée à l'infini !

Entre eux donc, tout ou rien !

542. — Quand est-ce que la théorie de la divisibilité ou de l'indivisibilité peut recevoir son application ?

C'est lorsqu'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs.

Et dans quels cas cette pluralité de créanciers ou des débiteurs se produit-elle?

Dans trois cas, notamment, à savoir :

1° L'article 1220 cite d'abord le cas où l'une des parties, le créancier ou le débiteur, est mort, laissant plusieurs héritiers.

Il peut arriver même que l'un et l'autre, et le débiteur et le créancier, soient morts, laissant chacun plusieurs héritiers. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 10 et 47.)

Ce cas est, en effet, le plus ordinaire, celui qu'il était naturel que la durée fatalement bornée de la vie humaine, rappelât au législateur!

Mais il n'est pas le seul.

Et la divisibilité est encore susceptible d'application :

2° Lorsque, dans le principe, l'obligation a été contractée conjointement, soit au profit de plusieurs créanciers, soit par plusieurs débiteurs;

3° Lorsque l'obligation ayant été contractée, dans le principe, au profit d'un créancier unique, celui-ci a fait à diverses personnes plusieurs cessions de sa créance.

Il est clair que ce dernier cas de divisibilité ne peut se produire que du côté du créancier, *activement;* car il ne saurait appartenir au débiteur, de se substituer *passivement*, pas plus pour une partie de son obligation que pour le tout, un autre débiteur, sans le consentement du créancier (comp. *infra*, n° 545).

543. — La division de la créance ou de la dette entre les héritiers du créancier ou entre les héritiers du débiteur, est d'ailleurs facile à justifier, au double point de vue de la logique du droit et de l'utilité pratique.

D'une part, en effet, logiquement, *civilibus rationibus,* dit Dumoulin (Part. II, n° 73), la personne juridique de l'auteur défunt se trouvant, par sa mort, fractionnée en autant de personnes distinctes qu'il laisse d'héritiers, ses obligations personnelles, actives ou passives, doi-

vent subir, dans leur transmission, le même fractionnement, et se diviser, en autant de parties, qu'il y a d'héritiers, dans la proportion de la vocation de chacun d'eux à recueillir l'*universum jus defuncti* (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 8-10).

D'autre part, équitablement, quelle aurait été la conséquence de l'établissement de la solidarité, active entre les héritiers du créancier, ou passive entre les héritiers du débiteur?

C'est que chacun des héritiers du créancier aurait pu poursuivre le débiteur pour le tout; ce qui aurait fait, de chacun d'eux, le mandataire forcé des autres, exposés ainsi aux risques de sa mauvaise foi ou de son insolvabilité;

De même chacun des héritiers du débiteur aurait pu être poursuivi pour le tout par le créancier; ce qui aurait fait aussi de chacun d'eux le mandataire forcé des autres, exposé à n'avoir, contre ceux-ci, qu'un recours illusoire pour le recouvrement de son avance.

L'intérêt pratique des uns et des autres, activement et passivement, s'accorde donc avec la théorie du droit, pour justifier la division héréditaire de la créance et de la dette.

Ajoutons cette considération d'intérêt général que la division qui garantit les héritiers, activement et passivement, de ce double danger, est de nature à favoriser la transmission héréditaire des biens, en rendant moins chanceuse l'acceptation des successions.

Mais le créancier, dira-t-on, est-ce qu'il ne souffre pas, lui! de la division de la dette? et son intérêt n'est-il pas sacrifié?

C'était bien là, en effet, l'objection que Dumoulin s'était faite.

Mais il répondait, fort justement, par la réciprocité même de cette division, qui s'opère de chaque côté, activement et passivement, et que le droit d'ailleurs fournit

au créancier des moyens suffisants pour se préserver des dangers qu'elle peut présenter : l'opposition au partage, notamment, et la séparation des patrimoines. (Part. II, nos 75-80; comp. notre *Traité* précité *des Successions*, t. V, nos 87 et suiv., nos 98 et suiv.)

544. — L'article 1220 ne mentionne que le cas où le défunt, créancier ou débiteur, laisse des *héritiers*.

Mais le défunt peut laisser d'autres successeurs universels : des successeurs irréguliers, des donataires ou des légataires universels ou à titre universel.

De quelle manière s'opère, dans ces cas, la division des créances et des dettes ?

La division des créances?

Elle s'opère de plein droit, entre ces différents successeurs, comme entre les héritiers, en proportion de la part qu'ils prennent dans l'universalité héréditaire; de sorte que chacun d'eux a le droit de poursuivre directement, pour sa part, le débiteur héréditaire.

Cela est incontestable.

Sauf seulement la question de savoir si l'effet déclaratif du partage doit être appliqué aux créances; question d'ailleurs qui s'élève à l'égard des héritiers aussi bien qu'à l'égard des autres successeurs universels, qui sont *loco hæredum* (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, nos 292 et suiv).

Mais, au contraire, c'est une thèse controversée que celle qui consiste à savoir de quelle manière s'opère la division des dettes, lorsque le débiteur défunt laisse en même temps des héritiers et d'autres successeurs universels ou à titre universel.

Le créancier a-t-il, dans ce cas, le droit de demander directement son payement intégral à l'héritier ou aux héritiers, sans être tenu de diriger son action contre les autres successeurs universels, sauf aux héritiers à exercer leur recours contre eux?

Un parti considérable, parmi les jurisconsultes, enseigne l'affirmative.

Mais nous avons déjà entrepris de combattre cette doctrine ; et nous ne pouvons que nous référer aux arguments, par lesquels nous espérons avoir démontré, au contraire, que l'action du créancier doit se diviser, comme la dette elle-même se divise, entre tous les successeurs universels, ou à titre universel, du débiteur défunt, sans distinction. (Comp. notre *Traité* précité, t. V, n[os] 13 et suiv.)

545. — L'effet de la division héréditaire des créances et des dettes est déterminé par l'article 1220.

Activement, les héritiers du créancier ne peuvent demander la dette que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le créancier;

Et de même, passivement, ce n'est que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le débiteur, que ses héritiers sont tenus de payer la dette (ajout. art. 870, 873).

De sorte que l'on peut dire, en cet état de division légale, et tant qu'il dure, qu'il y a désormais autant de créances qu'il y a d'héritiers du créancier, et autant de dettes qu'il y a d'héritiers du débiteur, autant de créances et de dettes distinctes et indépendantes les unes des autres (comp. notre *Traité* précité, t. V, n° 46).

546. — Nous disons : en cet état de division légale et tant qu'il dure.

Mais qu'il vienne à cesser !

Que les différentes parties de la créance ou de la dette, d'abord divisée entre plusieurs personnes, se réunissent ensuite sur une seule et même personne !

L'effet de la division cessera-t-il ?

Et n'y aura-t-il plus désormais qu'une seule créance et qu'une seule dette ?

C'est, comme on voit, l'hypothèse inverse de celle que nous venons d'examiner.

Tout-à-l'heure, nous supposions plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs substitués à un créancier unique ou à un débiteur unique.

Maintenant, nous supposons un créancier unique ou un débiteur unique substitué à plusieurs créanciers ou à plusieurs débiteurs.

Cette dernière substitution peut se produire notamment dans deux cas :

1° Lorsque toutes les parties de la créance ou de la dette se réunissent, sur la même tête, à titre de succession ou à un titre équivalent;

2° Lorsque le créancier a cédé une partie ou plusieurs parties de sa créance à différentes personnes.

Le créancier, disons-nous; car cette division de l'obligation, par l'effet d'une cession à un tiers, n'est possible que de son côté; et il ne saurait appartenir au débiteur de se substituer un autre débiteur, pas plus pour partie que pour le tout. (*Supra*, n° 542.)

Il faut, pour résoudre cette thèse, faire d'abord une distinction :

Ou il s'agit d'une obligation qui a été contractée, dès le principe, par plusieurs créanciers ou par plusieurs débiteurs;

Ou il s'agit d'une obligation qui a été, dès le principe, contractée par un créancier unique ou par un débiteur unique.

547. — *a.* Dans le premier cas, il est d'évidence que la réunion, sur une seule tête, des différentes créances ou des différentes dettes ne peut rien changer à la situation des parties, et qu'elle ne saurait ni améliorer la position des créanciers, ni empirer la position des débiteurs, telle que la convention primitive la leur a faite.

Pierre, Paul et Jacques ont prêté 12 000 fr. à Jules.

Voilà trois créances conjointes, il est vrai, mais qui n'en sont pas moins trois créances distinctes;

De sorte que chacun des trois créanciers ne peut de-

mander que 4000 fr. au débiteur, qui, de son côté, peut se libérer, envers chacun d'eux, divisément, en lui offrant 4000 fr.

Mais voici que l'un d'eux devient héritier des deux autres, ou cessionnaire de leurs créances.

Pourra-t-il demander maintenant les 12 000 fr. au débiteur?

Et celui-ci, de son côté, ne pourra-t-il plus se libérer qu'en lui offrant, en une seule fois, cette somme totale?

Assurément non!

L'héritier ou le cessionnaire a, dans sa main, trois créances pour lesquelles il est, à trois titres distincts, l'ayant cause de chacun des créanciers.

Et ce que nous disons pour les créanciers, est aussi certain pour les débiteurs.

Pierre, Paul et Jacques ont emprunté 12 000 fr. à Jules.

Voilà trois dettes conjointes, il est vrai, mais qui n'en sont pas moins distinctes;

De sorte que chacun des débiteurs peut se libérer, en payant 4000 fr. au créancier, qui, de son côté, ne peut demander à chacun d'eux que cette somme.

Si l'un des débiteurs devient héritier des deux autres, sa position ne sera pas non plus changée;

Et il pourra payer encore par tiers cette somme de 12 000 fr., qui constitue, *après* comme *avant*, trois dettes différentes et indépendantes les unes des autres.

Ce ne sera pas là faire un payement partiel;

Ce sera faire un payement total de chacune de ces trois dettes séparément. (Comp. Dumoulin, Part. II, n°s 28-29; Pothier, n° 329; Toullier, t. III, n° 758; Larombière, t. II, art. 1220, n° 21; Colmet de Santerre, t. V, n° 156 *bis*, V.)

548. — *b*. La solution, qui précède, est-elle aussi applicable dans le second cas, lorsqu'il s'agit d'une obli-

gation qui a été, dans le principe, contractée par un créancier unique ou par un débiteur unique?

Paul, créancier de Pierre d'une somme de 12 000 fr., meurt, laissant trois héritiers.

Voilà donc désormais trois créances divisées, chacune de 4000 fr.

Mais ensuite, l'un des trois héritiers devient lui-même héritier des deux autres.

Celui-ci, sur la tête duquel la créance totale s'est ainsi reconstituée, peut-il demander désormais le total au débiteur?

Et, de son côté, le débiteur ne peut-il aussi offrir valablement que le total au créancier?

Ou peut-il, au contraire, encore lui faire des offres séparément pour chaque tiers de la créance?

549. — Nous supposons, bien entendu, que les choses sont encore entières.

Il est clair, en effet, que notre question ne pourrait même pas s'élever, si, depuis que la division de la créance a eu lieu, l'une ou plusieurs des parts divisées s'étaient éteintes, de quelque manière que ce fût, par un payement, par une compensation, ou autrement.

Ces faits juridiques une fois accomplis, seraient désormais irrévocables.

Et ils devraient subsister avec toutes leurs conséquences, en ce qui concerne la part ou les parts auxquelles ils s'appliqueraient. (Comp. Pothier, n° 313; Bigot-Préameneu, *Exposé des Motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 359; Larombière, t. II, art. 1220, n° 10.)

550. — Eh bien! donc, les choses sont entières.

La créance originaire de 12 000 fr. est là, tout entière, sur la tête du dernier survivant des trois héritiers, représentant seul aujourd'hui le créancier défunt.

Pour soutenir que le débiteur n'en conserve pas moins le droit de payer divisément, par tiers, on raisonne ainsi :

1° Par la division, que la mort du créancier a faite de la créance entre ses héritiers, le débiteur a acquis le droit de la payer par tiers, séparément, comme s'il y avait trois créances séparées; et ce droit, qui lui est acquis, il ne peut le perdre qu'autant que la loi elle-même le lui enlèverait;

Or, s'il y a un texte qui divise la créance entre les héritiers du créancier, et qui confère au débiteur le droit de payer à chacun seulement sa part, il n'y a, au contraire, aucun texte qui dispose que la créance sera reconstituée dans son unité première, lorsque les parts divisées se réunissent ensuite sur la même tête;

Donc, légalement, le débiteur ne saurait perdre le droit qui lui était acquis; le perdre, par un événement qui lui est étranger, et auquel aucun article de loi n'a attaché cet effet.

2° Juridiquement d'ailleurs, pourquoi le débiteur serait-il privé de ce droit?

Le dernier survivant des trois héritiers a, dit-on, seul maintenant dans sa main les trois parties de la créance.

Il est vrai!

Mais il ne les a pas au même titre, en vertu de la même cause.

Du créancier primitif, il n'a reçu, comme héritier, qu'un tiers.

Et les deux autres tiers, il les a reçus, successivement et séparément, comme héritier de chacun de ses cohéritiers.

Or, chacun de ses cohéritiers ne pouvait, comme lui-même, demander qu'un tiers au débiteur.

Et puisqu'il leur a succédé, et qu'il les représente, il ne peut pas avoir plus de droits que ses auteurs.

550 *bis*. — Ces arguments sont sérieux; et nous ne sommes pas surpris qu'ils aient pu paraître déterminants à Duranton, qui professe, en effet, cette doctrine. (T. XI, n° 275.)

Notre avis est pourtant qu'ils ne le sont pas, et qu'il faut, au contraire, décider que le débiteur peut être désormais contraint de payer, en une seule fois, le total de la créance reconstituée :

1° Il est certain d'abord que telle était la doctrine enseignée par Dumoulin (Part. II, nos 18 et suiv.), et par Pothier (n° 318).

Et c'est déjà un puissant motif pour croire que telle est aussi la doctrine qu'ont voulu consacrer les auteurs du Code Napoléon, qui ont, presque toujours, maintenu les traditions de ces deux maîtres!

Ils se sont d'ailleurs eux-mêmes formellement expliqués en ce sens :

« Les effets de la division de la dette entre les cohéritiers, disait M. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs,* deviendront de plus en plus sensibles, en observant que la réunion des portions, soit des héritiers du créancier, soit des héritiers du débiteur en une seule personne, fait cesser la faculté de payer la dette par parties. Le motif est que, nonobstant la division entre les héritiers, il n'y a cependant qu'une obligation; conséquemment, si, avant le payement, il ne se trouve plus qu'un seul créancier ou un seul débiteur, la cause de la division n'existe plus. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XII, p. 359.)

2° Ces traditions peuvent être aussi rationnellement très-bien justifiées.

L'effet doit cesser avec la cause; *cessante causa, cessat effectus,* disait Pothier, précisément à cette occasion. (*Loc. supra cit.*)

Or, quelle est la cause de la division qui s'est faite de cette créance d'abord unique?

Est-ce une cause intrinsèque qui soit inhérente, à sa nature propre?

Nullement!

C'est une cause extrinsèque! c'est un accident!

La créance, au contraire, d'après sa propre constitu-

tion, forme une seule créance; voilà comment elle a été établie entre les parties contractantes; et c'est aussi comme une seule créance que le débiteur s'est obligé à la payer.

La division extrinsèque et accidentelle, qui a eu lieu par le décès du créancier, a été introduite dans l'intérêt de ses héritiers, sans changer, en ce qui concerne le débiteur, la nature originaire de la créance;

De sorte que la division a fait plutôt plusieurs parties d'une même créance, qu'elle n'a fait plusieurs créances distinctes; et, en réalité, c'est toujours *unum debitum*.

Donc, une fois que l'accident, qui avait produit cette division, a cessé, et que l'intérêt pour lequel la loi l'avait admise, a disparu, le débiteur, se retrouvant en face d'un seul créancier, n'est pas fondé à invoquer une division qui n'existe plus; et il doit, dès lors, subir la loi du contrat qu'il a consenti. (Comp. Toullier, t. III, n° 758; Colmet de Santerre, t. V, n° 156 *bis* V; Larombière, t. II, art. 1220, n° 10.)

551. — Les motifs que nous venons de fournir, suffisent à prouver que cette conclusion est applicable à tous les cas où les parties d'abord divisées de la créance, se trouvent ensuite réunies dans la main d'un seul héritier, non-seulement à titre de succession, ou à un titre équivalent, mais encore par voie de cession-transport, ou autrement. (Dumoulin, *loc. supra cit.*; Pothier, n° 320.)

552. — Mais faut-il appliquer cette conclusion même au cas d'une simple procuration, que les héritiers auraient donnée à l'un d'eux, ou que tous les héritiers auraient donnée à un tiers, pour exiger du débiteur le total de la dette?

Le débiteur pourrait-il être, dans ce cas, contraint de payer au mandataire le total sans division?

Dumoulin s'était avancé jusqu'à cette conséquence extrême (Part. II, n° 24 et suiv.).

Pothier l'y avait suivi (n° 320).

Et c'est encore ce que décident plusieurs jurisconsultes, dans notre droit nouveau. (Comp. Toullier, t. III, n° 758; Larombière, t. II, art. 1220, n° 19.)

Nous ne croyons pas, toutefois, pouvoir aller si loin.

Très-grande est, en effet, suivant nous, la différence entre les hypothèses qui précèdent, et celle qui maintenant nous occupe.

Dans les hypothèses précédentes, la division de la créance avait cessé;

Dans celle-ci, au contraire, la division de la créance subsiste.

Or, nous croyons que le débiteur peut justement répondre à ce mandataire unique de tous les héritiers qu'il ne saurait avoir, lui, mandataire, un droit qu'aucun de ses mandants n'a lui-même!

Or, aucun de ses mandants ne peut forcer le débiteur à lui payer plus que la somme qui lui est due divisément.

Et la preuve de ceci est manifeste.

Supposons que, en présence de ce mandataire unique, le débiteur aille trouver l'un des héritiers mandants, et lui offre divisément sa part.

Est-ce que cet héritier pourrait la refuser, en alléguant qu'il a donné à l'un de ses cohéritiers, ou à un tiers, le mandat de recevoir le total en une seule fois?

Non, assurément, il ne le pourrait pas! et M. Larombière lui-même en convient.

« Car, dit le savant auteur, ces offres comprennent tout ce qui lui est dû; et il n'a ni intérêt, ni qualité pour exiger personnellement le payement de l'intégralité de la créance. » (*Loc. supra cit.*, n° 20.)

Mais alors, comment accorder au mandataire contre le débiteur, un droit que l'on refuse au mandant lui-même!

Cela nous paraît impossible.

553. — La doctrine que nous venons d'exposer, en ce qui concerne la division de la créance, est évidemment applicable à la division de la dette.

Le débiteur d'une somme de 12 000 fr. est mort, laissant trois héritiers.

Et, ensuite, l'un des trois héritiers, succédant aux deux autres, devient l'unique débiteur de cette créance de 12000 fr. »

Il ne pourra pas désormais forcer le créancier à la recevoir par tiers.

Il n'y a plus trois parts divisées d'une dette.

Il n'y a, comme dans l'origine, qu'une seule dette, *unum debitum.*

554. — Il faut, toutefois, excepter de la solution, qui précède, le cas où celui des héritiers, sur la tête duquel la dette s'est reconstituée passivement, aurait accepté l'une des successions purement et simplement, et l'autre sous bénéfice d'inventaire, et à *fortiori*, le cas où il aurait accepté, sous bénéfice d'inventaire, l'une et l'autre succession.

Comme la confusion, alors, ne se serait pas opérée, il serait tenu de ces différentes parties de la dette à des titres différents; et la division, en conséquence, n'aurait pas cessé (art. 802; comp. Dumoulin, Part. II, n° 22; Pothier, n° 318).

555. — Nous avons toujours supposé que la réunion, la *consolidation* des parts divisées, soit de la créance, soit de la dette, était totale et complète.

Il se pourrait, d'ailleurs, qu'elle ne fut que partielle et incomplète.

Et alors, l'effet de cette réunion serait limité aux parts auxquelles elle s'appliquerait.

Mais, dans cette limite, l'effet serait le même que pour le cas de réunion et de consolidation totale.

Le créancier, par exemple, d'une somme de 30 000 fr. est mort, laissant six héritiers.

L'un d'eux est devenu le légataire ou le cessionnaire de trois de ses cohéritiers.

Eh bien! le voilà désormais créancier, non plus de

5000 fr., sa part héréditaire, mais de 20 000 fr., puisque les quatre sixièmes de la créance se trouvent réunis sur sa tête. (Comp. Larombière, t. II, art. 1220, n° 13.)

556. — Telle est donc la règle qui gouverne les obligations divisibles, qu'elles se divisent, en effet :

Soit entre les héritiers du créancier ;

Soit entre les héritiers du débiteur (*voy.* aussi *supra*, n° 544).

A cette règle, l'article 1221 apporte, en ce qui concerne les héritiers du débiteur, cinq exceptions, dont nous avons maintenant à apprécier le caractère et les effets.

Il est ainsi conçu :

« Le principe établi dans l'article précédent, reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur :

1° Dans le cas où la dette est hypothécaire;

2° Lorsqu'elle est d'un corps certain ;

3° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses, au choix du créancier, dont l'une est indivisible;

4° Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation ;

5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.

« Dans les trois premiers cas, l'héritier, qui possède la chose due ou le fonds hypothéqué, peut être poursuivi, pour le tout, sur la chose due ou sur le fonds hypothéqué, sauf le recours contre ses cohéritiers. Dans le quatrième cas, l'héritier seul chargé de la dette, et, dans le cinquième cas, chaque héritier peut aussi être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers. »

Cet article n'est pas d'une explication facile ; et il a soulevé des dissidences sérieuses.

Les difficultés, qu'il présente, proviennent surtout de deux causes :

D'abord, de ce que le législateur du Code y a réuni et confondu plusieurs cas différents, que l'ancienne doctrine avait eu le soin de séparer, au contraire, et de distinguer;

Ensuite, de ce qu'il a, sur un point important, dérogé à la doctrine ancienne, sans expliquer la portée de cette dérogation.

557. — Et d'abord, disons-nous, le législateur nouveau a confondu, dans l'article 1221, plusieurs cas, qui n'offrent pas le même caractère, et que M. Boistel a pu appeler des cas *hétérogènes* (*loc. supra cit.*, p. 147).

Pothier n'avait pas fait cette confusion!

Il distinguait, au contraire, deux catégories de modifications ou d'exceptions à la règle de la division des dettes; deux catégories différentes, et dont il traitait dans deux paragraphes séparés (§ 2, n°s 301 à 311; et § 3, n°s 312 à 317).

Dans la première catégorie, Pothier place les cas où le créancier peut demander le tout *à l'un des héritiers, mais à un seul!* l'obligation d'ailleurs demeurant divisible à l'égard des autres héritiers, à chacun desquels le créancier ne peut demander que sa part; cette catégorie comprend la dette hypothécaire (n° 301); — la dette d'un corps certain, lorsque, par le partage, il est échu à l'un des héritiers (n° 303); — la dette, que l'un des héritiers a été chargé d'acquitter pour le total, soit par une convention, soit par le testament du défunt, soit par l'office du juge qui a fait le partage des biens de la succession (n° 308).

« En tous ces cas, dit-il, l'*un des héritiers* est tenu de « la dette pour le total, sans que les autres héritiers « cessent d'en être tenus avec lui, chacun pour leur por- « tion (n° 308). »

Et dans la seconde catégorie, il place les cas où *tous les héritiers* indistinctement sont tenus de payer le total, en ce sens qu'aucun d'eux ne peut offrir au créancier le

payement divisé de sa part. Cette catégorie comprend la dette alternative; — la dette de genre ou d'une chose indéterminée (n° 313); — la dette, dont il a été convenu, en contractant l'obligation ou depuis, que le payement ne pourrait se faire par parties (n° 314); — toute dette enfin généralement « lorsqu'il résulte de la nature de l'engagement, ou de la chose qui en fait l'objet, ou de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter par parties (n° 317).

« Dans tous ces cas, dit-il, l'obligation, quoique divisible, ne peut s'acquitter par parties » (n° 317).

Il est d'évidence que cette double catégorie présente, en effet, deux nuances, et, pour employer l'expression classique en cette matière, deux degrés, *gradus*, d'indivisibilité *solutione;*

Et que cette indivisibilité est moins complète dans le premier que dans le second.

Ou plutôt, ce n'est que dans les cas, auxquels la seconde catégorie s'applique, que Pothier semble reconnaître l'indivisibilité *solutione*.

On peut donc regretter que notre Code les ait confondus.

Telle est la première cause de l'obscurité dont l'article 1221 n'est pas exempt.

558. — La seconde cause provient de la dérogation par laquelle le nouveau législateur a modifié l'ancienne doctrine.

D'après l'ancienne doctrine, l'indivisibilité *solutione* ne donnait pas au créancier le droit de poursuivre chacun des héritiers pour le tout.

Ce qui en résultait seulement, c'est qu'aucun des héritiers ne pouvait se libérer, en offrant sa part. (Comp. *supra*, n° 518.)

Au contraire, d'après l'article 1221, l'effet de l'indivisibilité *solutione* est que *chacun des héritiers peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers.*

Pourquoi ce changement?

Quelles en doivent être les conséquences?

Le législateur ne nous a fait, sur ce point, aucune révélation!

Et son silence a permis de mettre en question s'il s'était bien rendu compte du changement qu'il apportait à la doctrine ancienne.

Ce changement est réel pourtant!

Mais ce ne sera pas une tâche facile, dans le dénûment où nous sommes de toute indication législative, de dire jusqu'où il va et où il s'arrête!

559. — Il est enfin une troisième observation que nous voulons faire encore, avant d'aborder le texte de l'article 1221.

C'est que cet article ne consacre d'exception au principe de la division, qu'*à l'égard des héritiers du débiteur*.

Or, notre Code, en ce point, ne reproduit pas non plus exactement la doctrine ancienne.

D'après la doctrine ancienne, le principe de la division pouvait aussi recevoir exception, *à l'égard des héritiers du créancier*. (Comp. Pothier, nos 313 et 315.)

De ce que notre Code ne reproduit pas cette exception, faut-il conclure qu'il ne l'admet pas?

C'est ce que nous aurons à examiner, après avoir expliqué l'exception, qu'il admet dans l'article 1221, à l'égard des héritiers du débiteur. (*Infra*, n° 584.)

Et nous y voici.

560. — Il faut écarter d'abord, comme ne faisant pas, en réalité, exception à la règle de la divisibilité héréditaire des dettes, les deux cas mentionnés dans les numéros 1 et 3 de notre article.

1° Dans le numéro 1, l'article suppose que la dette est hypothécaire.

Eh bien!

Est-ce que l'hypothèque a pour effet de rendre la

dette elle-même indivisible, au point de vue de l'action personnelle, qui en résulte ?

Pas du tout !

Paul m'a emprunté 20 000 fr., avec hypothèque sur son immeuble.

Il meurt, laissant quatre héritiers, chacun pour un quart.

Et, par le partage, l'immeuble, qui m'est hypothéqué, est échu à l'un d'eux.

Rien de plus simple que cette situation ; et on va voir qu'elle laisse parfaitement intacte la règle de la divisibilité héréditaire.

J'ai deux actions, en effet :

Une action personnelle ;

Et une action hypothécaire.

Par mon action personnelle, comment puis-je poursuivre les héritiers de mon débiteur ?

Je ne puis poursuivre chacun d'eux que pour sa part ; et chacun d'eux peut se libérer en m'offrant sa part.

Et de même, si je veux interrompre la prescription contre les quatre héritiers, il ne me suffira pas de faire une interpellation à un seul ; je devrai la faire à chacun d'eux.

L'article 2249, second alinéa, est, à cet égard, positif :

« L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire, ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, *quand même la créance serait hypothécaire*, si l'obligation n'est indivisible. »

On ne saurait dire, plus positivement, que la dette, *quand même elle est hypothécaire*, n'est pas, pour cela, *indivisible !*

Il est vrai que, par mon action hypothécaire, je puis poursuivre, pour le tout, le recouvrement de la dette contre celui des héritiers qui est détenteur de l'immeuble hypothéqué.

Mais c'est là seulement l'effet de l'indivisibilité du droit hypothécaire et de l'action réelle, qu'il engendre.... *propter indivisam pignoris causam.* (Dumoulin, Part. II, n° 9; part. III, n° 28.)

Aussi, est-ce seulement comme détenteur, que l'héritier peut être poursuivi pour le tout.

D'où il résulte :

1° Qu'il ne peut être poursuivi, pour le tout, que sur l'immeuble hypothéqué, et non pas sur ses autres biens;

2° Que même, en ce qui concerne l'immeuble hypothéqué, il peut se soustraire à l'action pour le tout, en le délaissant.

C'est bien là, si l'on veut, une *modification*, comme disait Pothier, de la règle de la division des dettes, puisque l'héritier « *qui possède le fonds hypothéqué, peut être poursuivi pour le tout.* » (Art. 1221, 5°.)

Mais d'une indivisibilité quelconque, même seulement *solutione*, de la dette personnelle, il n'y en a pas l'ombre! (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n°s 66 et suiv.; Cass., 9 nov. 1847, Finet, Dev, 1848, I, 289; *voy.* aussi, toutefois, Cass., 2 déc. 1867, Videau, Dev., 1868, I, 161.)

561. — Cette doctrine est applicable, bien entendu, au gage comme à l'hypothèque.

Et même, le texte de l'article 2083 la met en relief par une formule très-remarquable :

« Le gage est *indivisible,* nonobstant *la divisibilité de la dette* entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier.

« L'héritier du débiteur qui a payé *sa portion de la dette,* ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

« Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu *sa portion de la dette,* ne peut remettre le gage au préju-

dice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés. »

562. — Une observation du même genre est applicable au cas mentionné dans le numéro 4 de l'article 1221 :

« Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses, au choix du créancier, dont l'une est indivisible. »

Mais comment donc ?

Et par quel côté apercevoir là une exception à la règle de la divisibilité héréditaire de la dette?

Paul a promis à Pierre de lui payer 20 000 fr., ou de lui livrer une servitude de passage sur tel fonds.

C'est au choix de Pierre.

Paul meurt, laissant quatre héritiers.

Et on demande si cette obligation alternative se divise ou ne se divise pas entre eux.

La réponse est bien simple :

Ou le créancier choisira la chose divisible, 20 000 fr.; et alors, la dette sera divisible, et elle se divisera;

Ou le créancier choisira la chose indivisible, la servitude; et alors, la dette sera indivisible, et elle ne se divisera pas.

Et pourquoi ne se divisera-t-elle pas?

Par exception à la règle que la dette divisible se divise !

Vraiment non; elle ne se divisera pas, par la raison toute simple qu'elle est indivisible!

Dans l'un comme dans l'autre cas, ce sera l'application de la règle, soit de la divisibilité, soit de l'indivisibilité.

La dette sera donc, tout une, ou tout autre!

Ou tout à fait divisible;

Ou tout à fait indivisible!

Et il sera bien impossible d'y trouver une exception à la règle de la divisibilité.

Cela est, en effet, si évident, que l'on se demande pourquoi le législateur a cru devoir formuler, à cet égard, une disposition spéciale.

Aussi, ne sera-t-il pas inutile de faire connaître l'explication, qui en a été donnée par M. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs* :

« S'il s'agit, disait-il, de la dette alternative de choses au choix du créancier, et dont l'une soit indivisible, les héritiers ne sauraient réclamer une division, qui serait contraire au droit que le créancier a de choisir, ou au choix qu'il aurait fait. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XII, p. 358.)

Ainsi, le numéro 4 de l'article 1221 a pour but de sauvegarder le choix qui appartient au créancier; il écarte l'argument que l'on aurait pu elever contre lui, qu'il ne pouvait plus, après la mort du débiteur, choisir a chose indivisible, parce qu'il ferait ainsi obstacle à la division de la dette!

L'argument, certes, n'eût pas été bien redoutable! et nous en aurions eu facilement raison, même sans le secours du texte.

Mais ce n'en est pas moins là seulement ce que l'article 1221 a voulu dire.

Et on comprend, dès lors, qu'il n'y soit question que du cas où le choix appartient *au créancier*.

Il n'y avait, en effet, aucun doute possible, quand le choix appartient *au débiteur*.

Quel argument pourrait-on opposer à ses héritiers, pour les empêcher d'exercer le choix qui appartenait à leur auteur, et d'offrir, en conséquence, au créancier la chose indivisible?

565. — Supposons que, dans le cas prévu par le numéro 4, où le choix appartient au créancier, celui-ci choisisse la chose indivisible.

Quel sera l'effet de ce choix ?

Le dernier alinéa de l'article 1221 dispose que :

« *Dans les trois premiers cas*, l'héritier qui possède *la chose due* ou le fonds hypothéqué, peut être poursuivi pour le tout, *sur la chose due*, ou sur le fonds hypothequé, *sauf le recours contre ses cohéritiers.* »

Mais ce n'est pas assez dire !

Il faut ajouter que la poursuite pour le tout, pourra être exercée contre chacun des cohéritiers !

Car l'obligation est alors tout-à-fait indivisible.

Et aux termes de l'article 1222 :

« Chacun de ceux, qui ont contracté conjointement une obligation indivisible, est tenu pour le total...... »

On voit que ce n'est pas sans inconvénient que notre Code a mêlé ensemble tous ces cas différents les uns des autres !

564. — Rappelons, en passant, une espèce d'indivisibilité, qui est propre aux obligations alternatives, et que nous avons trouvée dans l'article 1191 ; à savoir: l'indivisibilité du choix, qui ne permet pas au débiteur, ni à ses héritiers, lors même que les deux choses promises seraient toutes deux divisibles, de forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre (*Supra*, n° 64.)

565. — Restent maintenant les numéros 2, 4 et 5 de l'article 1221.

Pour ceux-ci, il est vrai de reconnaître qu'ils consacrent des exceptions au principe de la divisibilité de la dette.

Car c'est bien alors, en effet, la dette elle-même, la dette personnelle, qui devient indivisible sous certains rapports, et dans une certaine mesure.

Sous quels rapports ? et dans quelle mesure?

C'est ce qu'il faut examiner.

Ce n'est pas une tâche aisée que de déterminer les effets de cette indivisibilité mixte et intermédiaire, qu'on appelle l'indivisibilité *solutione*.

Quelle est, s'il est permis de dire ainsi, la DOSE d'indivisibilité, qui entre alors dans la divisibilité de l'obligation? et dans quelle proportion ces deux éléments contraires, s'y trouvent-ils mélangés?

Tel est le problème.

Nous allons rechercher successivement :

a. En premier lieu, quels sont les cas, auxquels cette exception s'applique;

b. En second lieu, quels en sont les effets.

566. — *a.* L'exception s'applique, avons-nous dit, aux numéros 2, 4 et 5 de notre article.

Et d'abord, au numéro 2.

La dette est *d'un corps certain*, c'est-à-dire d'une chose déterminée dans son individualité.

Tel est évidemment le sens de ce mot dans le numéro 2; s'il s'agissait d'une chose qui serait déterminée seulement quant *à son espèce*, c'est l'exception écrite dans le numéro 5, qu'il y aurait lieu d'appliquer. (*Infra*, n° 578.)

Paul s'est obligé à livrer à Pierre son pré situé à tel endroit, sa maison située dans telle ville, le cheval qui est dans son écurie.

Voilà le cas du numéro 2.

Ces choses là sont divisibles sans doute, soit naturellement, soit intellectuellement.

Aussi l'obligation, qui s'y applique, est-elle, en effet, divisible.

Et si Paul meurt, laissant quatre héritiers, elle se divisera, en ce sens :

1° Que, durant l'indivision, et avant le partage, Pierre ne pourra demander à chacun d'eux que sa part;

2° Que, même après le partage, qui aurait attribué à l'un d'eux toute la chose, qui fait l'objet de l'obligation, il pourra encore demander sa part à chacun des trois autres;

Et cela, lors même que, par une clause de l'acte de partage, celui des héritiers auquel la chose a été attribuée, aurait été chargé seul de la lui livrer; car les conventions particulières des héritiers du débiteur ne sauraient modifier le droit du creancier, ni restreindre à un seul, pour le tout, l'action qu'il peut exercer contre chacun d'eux, divisément.

Voilà, dans cette obligation, l'effet, qui revient à son élément divisible.

Et l'effet, qui revient à son élément indivisible, le voici :

C'est que *l'héritier qui possède la chose due... peut être poursuivi pour le tout....* » (Art. 1221, n° 5°.)

Ce qui paraît très-juridique, par cette double raison :

D'abord, parce que, en plaçant la chose due dans un lot, les cohéritiers sont convenus, sinon expressément, du moins tacitement, que celui d'entre eux, auquel ce lot écherra, devra seul exécuter l'obligation, puisqu'il sera seul en mesure de le faire ;

Ensuite, parce qu'il faut assurer énergiquement l'efficacité du jugement, qui ordonne, au profit du créancier, l'exécution de l'obligation, sur la chose et contre le possesseur. (Comp. Dumoulin, Part. II, n° 84 ; Pothier, n° 303 ; Duranton, t. XI, n° 283 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 50 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 157 *bis*, II ; Larombière, t. II, art. 1221, n° 6.)

567. — Ce n'est pas qu'il s'agisse ici de l'action réelle.

Il s'agit de l'action personnelle ! et voilà précisément ce qui fait l'exception à la règle de la divisibilité.... *quamvis actio merè sit personalis*, disait Dumoulin. (*Loc. supra cit.*)

S'il s'agissait d'une action réelle, il n'y aurait pas d'exception aux principes, puisque cette action s'exerce toujours, par sa propre nature, contre le tiers possesseur.

Ajoutons, pourtant, que d'après le principe nouveau de notre Code, le créancier, devenant propriétaire par le seul effet du contrat, lorsque le contrat a pour objet un corps certain, il s'ensuit qu'il pourra exercer aussi l'action réelle pour le tout, contre celui des héritiers, qui en sera le détenteur.

Et, à ce point de vue, cette indivisibilité relative de l'obligation personnelle, offre aujourd'hui, dans ce cas, moins d'intérêt qu'autrefois.

568. — L'explication, que nous venons de fournir, a, par avance, démontré que le numéro 2 de notre article n'est applicable que dans le cas « où c'est en sa qualité d'héritier et par le partage de la succession, que l'héritier pour partie du débiteur se trouve posséder en entier la chose due. »

Ce sont les termes de Pothier, qui ajoute:

« Il en serait autrement, si c'était de son chef qu'il la possédât; il n'en serait pas, dans ce cas, débiteur; et il ne pourrait être condamné à la payer que pour la part pour laquelle il est héritier.... » (Nº 303; comp. L. 86, § III, ff. *De Legat.*, 1°.)

Cela est, en effet, certain encore sous notre droit.

Il est vrai que la généralité des termes du numéro 2 de l'article 1221 semblerait s'appliquer indistinctement à tous les cas où l'un des héritiers possède le corps certain, qui a été promis par le débiteur, soit que celui-ci en eût la propriété, soit que la propriété en appartînt à celui de ses héritiers, qui le possède.

Mais les principes résistent à ce que le texte soit étendu à ce dernier cas.

L'héritier pour partie, en effet, ne représente le défunt que pour partie; au delà, il est un étranger, que les contrats passés par le défunt n'obligent pas. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, nº 157 *bis*, III; Larombière, t. II, art. 1229, nº 8.)

569. — Il est d'ailleurs sans intérêt de rechercher la cause d'où procède, à la charge des héritiers, l'obligation dont ils sont tenus, du chef de leur auteur, de livrer un corps certain.

Que leur auteur en fût tenu, à titre de vente, de louage, de commodat, de dépôt, qu'importe!

Il ne s'agit pas de la cause de la prestation, qui est à faire.

C'est de son objet, qu'il s'agit! (Comp. L. 3, § 3, ff.,

Commod.; Pothier, n° 304 ; Larombière, t. II, art. 1221, n° 11.)

570. — Dans le numéro 4 de l'article 1221, l'un des héritiers est chargé, seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation.

Le législateur a prévu que le créancier pourrait vouloir s'épargner les embarras et les risques de la division de la dette entre les héritiers de son débiteur.

Et, à cet effet, il autorise la clause qui lui permet de stipuler que l'un des héritiers soit chargé seul, pour le tout, de l'exécution de l'obligation ; de manière à n'être pas obligé de diviser son action contre chacun d'eux.

Je prête 20 000 fr., à Paul, qui a quatre enfants.

Mais ne voulant pas voir ma créance de 20 se diviser en quatre créances de 5 après sa mort, je stipule que l'un de ses enfants sera obligé de me payer, seul, les 20 0000 fr.

Voilà encore une modification au principe de la divisibilité.

La dette, en soi, est divisible, matériellement ou intellectuellement.

Elle se divisera, en effet, après la mort du débiteur; et le créancier aura la faculté de demander à chacun d'eux sa part.

Mais il aura aussi la faculté de demander le tout à celui des héritiers qui aura été chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation.

C'est en quoi l'obligation est indivisible... *solutione*.

571. — *Par le titre*, dit notre texte.

De quel titre s'agit-il ?

D'un testament ?

Oh ! sans doute, le testateur a le droit de charger l'un de ses héritiers d'exécuter seul, sauf son recours contre ses cohéritiers, l'obligation qu'il contracte.

Il peut même faire définitivement peser sur lui seul tout le poids de la dette, en disposant qu'après l'avoir

payée, il n'aura pas de recours contre ses cohéritiers.

C'est là une disposition testamentaire, comme une autre, et très-licite, par laquelle il avantage d'autant les autres héritiers.

572. — Mais cette clause, par laquelle l'un des héritiers du débiteur est chargé seul de l'exécution de la dette, peut-elle être stipulée dans une convention?

Assurément oui!

Et c'est même précisément du *titre conventionnel*, que le législateur s'occupe ici.

Nous ne sommes pas dans les *Testaments*!

Nous sommes dans les *Contrats*, dans les *Obligations conventionnelles*.

Il est vrai que les jurisconsultes romains paraissent avoir eu, sur ce point, des scrupules.

Ils disaient :

On ne peut pas promettre pour un tiers;

Or, l'héritier, pour partie, ne représente le défunt que dans la mesure de sa vocation héréditaire; au delà, il est un tiers;

Donc, le défunt n'a pas pu promettre pour lui ni l'obliger au delà de sa part héréditaire (comp. L. 56, § 1, ff. *de verbor. obligat.*).

Mais cette doctrine rigoureuse n'a jamais été admise en droit français.

Et il est permis de s'étonner du dissentiment isolé, d'ailleurs, qui a porté Delvincourt à la défendre encore sous l'empire de notre Code (t. II, p. 726, note 1).

Dumoulin explique, en effet, très-bien, qu'une telle clause n'affecte pas la substance de l'obligation, mais seulement le mode d'exécution.

« .... *Non concernit substantiam obligationis, sed modum; unde quemadmodum potest, in præjudicium hæredum, determinari locus et tempus solutionis, ita et modus....* » (Part. II, n°s 30-31.)

Pothier adhérait à la distinction de Dumoulin (n° 308 et 315).

Et telle est aussi la distinction que notre Code consacre, très-justement, suivant nous!

Car il est facile de comprendre comment on a pu se montrer moins sévère dans les déductions théoriques de la division héréditaire des dettes, lorsqu'il s'agit d'une convention, qui a pour but non pas de les faire supporter à l'un des héritiers au delà de sa part (ce qui ne pourrait, en effet, avoir lieu que par testament), mais seulement de l'obliger à en faire l'avance, sauf son recours contre ses cohéritiers. (Comp., Douai, 2 févr. 1850, Macquet, Dev. 1851-2-182; Toullier, t. III, n° 772-773; Duranton, t. XI, n° 296; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 111; Colmet de Santerre, t. V, n° 157 *bis* VI; Larombière, t. II, art. 1221, n° 31; Rodière, n° 391.)

573. — Est-il besoin de dire que l'un des héritiers peut être chargé seul de l'exécution de l'obligation, aussi bien par un titre postérieur que par le titre originaire?

Cela est d'évidence. (Comp., Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs;* Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 358.)

574. — Le numéro 4 de l'article 1221 prévoit le cas où l'*un des héritiers* est chargé, *seul*, par le titre, de l'exécution de l'obligation (*voy.* aussi le numéro 5).

La convention, le *titre*, pourrait-il imposer cette charge à plusieurs d'entre les héritiers, ou même à tous les héritiers, et à celui d'entr'eux que le créancier voudrait choisir?

Certainement, oui;

Et même à plus forte raison!

1° En effet, cette convention, en plaçant plusieurs héritiers ou tous les héritiers dans une condition d'égalité, est moins rigoureuse, et s'écarte moins des règles du droit commun.

2° Nous allons voir que, dans le n° 5 de notre article, le législateur induit de certaines circonstances, que l'in-

tention tacite des parties a été de convenir que les héritiers du débiteur pourraient être poursuivis, chacun pour le tout; et il déclare cette convention valable (*infra*, n° 577).

Or, comment se pourrait-il que leur convention expresse et formelle eût moins de force que leur convention tacite et présumée!

Il est donc évident que la formule du numéro 4 de l'article 1221, est purement démonstrative, en tant qu'elle suppose qu'il n'y a que l'un des héritiers, qui soit chargé, seul, par le titre de l'exécution de l'obligation (comp., Duranton, t. XI, n° 295; Colmet de Santerre, t. V, n° 157 *bis* VII; Larombière, t. II, art. 1221, n° 23).

575. — Mais, dans ce cas, c'est-à-dire lorsque plusieurs héritiers ou tous les héritiers ont été chargés, par le titre, de l'exécution de l'obligation, est-il exact de dire que cette obligation est *indivisible?*

N'est-elle pas plutôt *solidaire?*

Plusieurs jurisconsultes se rangent à ce dernier parti.

« .... Auquel cas, dit M. Rodière, c'est une véritable solidarité, qui se trouve établie entre ces héritiers. » (N° 392.)

Telle est aussi la doctrine de M. Larombière. (T. II, art. 1221, n° 25.)

On ne peut nier que cette doctrine, une fois admise, fournirait un moyen satisfaisant pour résoudre une question, dont la solution peut paraître, au contraire, embarrassante dans la doctrine, qui ne reconnaît ici qu'une obligation indivisible.

C'est une question, en effet, qui embarrasse les partisans de l'indivisibilité, que celle de savoir si, dans ce cas, les héritiers, qui ont été chargés d'exécuter l'obligation, peuvent mettre en cause leurs cohéritiers, afin de faire diviser la condamnation (*infra*, n° 581).

M. Rodière et M. Larombière n'ont, en effet, d'après leur principe, aucune difficulté à répondre qu'ils ne le

peuvent pas, parce que celui des héritiers qui est poursuivi pour le tout, *étant tenu solidairement, ne peut*, aux termes de l'article 1203, *opposer le bénéfice de discussion*. (Larombière, *loc. supra cit.*, n° 26.)

Comment pourrons-nous répondre, nous, qui déclarons que cette obligation est indivisible et non pas solidaire, puisque le codébiteur d'une obligation indivisible peut, aux termes de l'article 1225, mettre en cause les autres débiteurs pour faire diviser la condamnation?

Nous répondrons, quand le moment sera venu, par un moyen qui est, suivant nous, satisfaisant.

Mais ce que, dès à présent, nous maintenons, c'est que, dans notre hypothèse, l'obligation demeure indivisible et ne devient pas solidaire.

C'est d'abord une question, que celle de savoir si la partie, qui s'oblige dans un contrat, peut imposer la solidarité de la dette à ses héritiers.

Question délicate, que d'excellents auteurs paraissent décider négativement. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 157 *bis* VII.)

Les règles du chapitre de la solidarité, ont, en effet, leur fondement dans l'idée d'un mandat réciproque, que les codébiteurs se sont donnés; or, les héritiers ne se représentent pas les uns envers les autres; et ce n'est pas par un acte de leur volonté que l'obligation est devenue commune entre eux.

Mais, en admettant même que le débiteur originaire puisse imposer une solidarité véritable à ses héritiers (ce que nous admettons, puisque le législateur autorise le débiteur à régler lui-même le mode d'exécution de son obligation, dans sa succession future), ce qui nous paraît du moins incontestable, c'est que, dans ce cas pas plus que dans les autres, la solidarité ne devrait être présumée (art. 1202).

Or, ce que le législateur présume, ce n'est pas que

les parties ont voulu rendre l'obligation solidaire, c'est qu'elles ont voulu la rendre indivisible.

Tel était l'ancien droit. (Comp. Dumoulin et Pothier, *loc. supra cit.*)

Tel est aussi le droit nouveau; car c'est dans la section *Des obligations divisibles ou indivisibles*, que le Code s'occupe de cette convention; et il n'y voit, en effet, qu'une exception *au principe de la divisibilité des dettes*, à l'égard des héritiers du débiteur. (Comp. Duranton, t. XI, n° 297; Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 1548.)

576. — De ce qu'un seul des héritiers du débiteur aurait été chargé, par le titre, de l'exécution de l'obligation, il ne résulte pas qu'un seul des héritiers du créancier pourrait recevoir la totalité.

L'exception, qui nous occupe, n'a lieu qu'à l'égard des héritiers du debiteur.

De sorte que, même dans ce cas, chacun des héritiers du créancier ne peut demander que sa part; comme, pareillement, celui des héritiers du débiteur, qui est seul chargé de l'exécution de l'obligation, ne peut offrir à chacun d'eux que sa part.

Mais pourrait-on convenir, par le titre, que l'un des héritiers du créancier, pourra aussi demander la totalité?

Nous croyons que rien ne s'y oppose; et c'est ce que nous entreprendrons bientôt de démontrer (*infra* n° 584).

577. — Nous arrivons au numéro 5 de l'article 1221.

C'est ici surtout qu'apparaît l'indivisibilité *solutione;* en effet, *dans le cinquième cas,* ce n'est pas seulement *l'un des héritiers*, c'est *chaque héritier, qui peut être poursuivi pour le tout.*

Nous avons déjà fourni, sur ce sujet, des explications qu'il est inutile de reproduire, et auxquelles nous nous référons. (*Supra,* n°s 517, 530 à 533.)

L'indivisibilité, dans ce cas, procède, avons-nous dit, comme dans celui que nous venons d'examiner, de l'in-

tention des parties, qui sont convenues que la dette ne pourra pas être acquittee partiellement. (Comp. Cass., 13 juin 1860, Criniere, Dev., 1861, I, 165.)

Mais leur intention, au lieu d'être expresse, est tacite; elle résulte, par présomption, de certaines circonstances de fait.

Les parties pourraient, sans doute, dans le cas du numéro 5 comme dans celui du numéro 4, l'exprimer formellement.

Mais tel n'est pas le cas, que notre article suppose.

Le cas, qu'il suppose, est celui où le titre ne renfermant aucune clause expresse, *il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.*

Voilà principalement les trois circonstances, à l'aide desquelles on devra reconnaître si telle a été, en effet, l'intention des parties.

Principalement, disons-nous; car il est clair que les juges ont, à cet égard, la même latitude, qui leur appartient, dans toutes les questions d'interprétation de volonté.

578. — La disposition, qui précède, est extraite de Pothier, mot pour mot (n° 316; comp. *supra* n° 557).

Et on ne saurait la mieux expliquer qu'en remontant à la source où notre législateur l'a puisée.

L'explication est facile; et elle nous est, en effet, fournie par Pothier lui-même, pour les deux dernières circonstances, que notre texte indique.

Ainsi d'abord, *la chose, qui fait l'objet de l'engagement*, révélera l'intention, qu'ont eue les parties, que la dette ne put s'acquitter partiellement :

Soit, lorsque, pouvant être divisée en parties intellectuelles, elle ne peut pas être divisée en parties réelles;

Soit, lors même que cette chose pouvant être divisée

en parties réelles, elle ne pourrait néanmoins pas l'être, sans qu'il en résultât un préjudice pour le créancier.

I. La dette a pour objet une chose *in genere*, un cheval; chose divisible en parties intellectuelles, mais indivisible en parties réelles.

Quoi de plus naturel que de présumer, en un tel cas, que le créancier a entendu n'être pas exposé, après la mort de son débiteur, à recevoir de chacun des héritiers, qu'il laissera, des droits indivis dans trois ou quatre chevaux différents peut-être, au lieu d'un seul et même cheval, qu'il avait stipulé. (Comp. *supra*, n° 530.)

II. De même si j'ai acheté ou pris à ferme un certain héritage, quoique cet héritage soit susceptible de parties réelles, néanmoins un des héritiers de celui qui me l'a vendu ou donné à ferme, ne serait pas reçu à m'offrir sa part indivise ou divisée de cet héritage, pour s'acquitter, envers moi, de son obligation, si ses cohéritiers n'étaient aussi, de leur côté, prêts à me délivrer les leurs, parce que la division de cet héritage me porterait préjudice; je ne l'ai acheté ou pris à ferme que pour l'avoir en total ou pour en jouir en total; et je n'en aurais ni acheté ni pris à ferme une partie. (Pothier, n° 316.)

III. De même encore en cas de vente volontaire, ou même de vente faite en justice, le vendeur peut poursuivre pour le tout, la résolution de la vente ou de l'adjudication, contre tous les héritiers de l'acheteur ou de l'adjudicataire, ou contre tous les acquéreurs conjoints, bien qu'il n'y en ait qu'un seul qui n'ait pas rempli les conditions du contrat. (Comp. Limoges, 28 juillet 1848, Foucher, Dev., 1849, II, 332; Besançon, 2 févr. 1855, Bretillot, Dev., 1855, II, 689; Cass., 7 déc. 1859, Sallas, Dev., 1860, I, 524; Rodière, n°s 229-230; Larombière, t. II, art. 1221 n° 37.)

579. — Quant *à la fin qu'on s'est proposée dans le contrat*, nous avons aussi déjà fourni des hypothèses où elle peut révéler l'intention des parties; comme si, dans

le contrat de prêt, que je faisais à Paul d'une somme de 10 000 fr. remboursable le 1er mars, j'ai annoncé que cette somme m'était nécessaire précisément ce jour-là pour exercer un réméré, dont la faculté expirait le lendemain (*supra*, n° 530).

Pothier citait (n° 516), comme beaucoup d'auteurs citaient encore (avant la loi, du 22 juillet 1867, abolitive de la contrainte par corps) le cas où j'aurais déclaré que cette somme m'était nécessaire pour me tirer de prison où j'étais détenu par un créancier.

Voilà deux des circonstances sur les trois, que l'article 1221 mentionne.

580. — Mais à quelle circonstance donc se réfère la disposition de cet article, qui fait résulter encore la preuve de l'intention des parties, *de la nature de l'engagement?*

Pothier, qui employait la même formule, n'a cité de celle-ci aucun exemple.

Et la vérité est qu'il n'est pas facile d'en trouver!

Car tous ceux, que l'on en trouve, semblent rentrer dans les deux circonstances, que nous venons d'exposer.

Citerons-nous la dette d'une chose *in genere?*

Mais, dans ce cas, ce n'est pas de la nature de l'engagement que résulte l'intention des parties;

C'est de la chose qui en fait l'objet!

De sorte qu'il est permis de demander si cette formule a été employée avec beaucoup de réflexion soit par Pothier, soit par les rédacteurs de notre Code.

On pourrait toutefois citer comme exemple d'une obligation que *la nature de l'engagement* rend indivisible *solutione*, l'obligation alternative, en ce sens que l'indivisibilité du choix subsistant après la mort du débiteur comme avant, ses héritiers ne peuvent offrir ensemble au créancier, que l'une des choses (*supra*, n° 42 et suiv.).

581. — *b.* — Maintenant, quels sont les effets de l'indivisibilité *solutione?* (*supra*, n° 565.)

Notre Code y attache ce double effet, à savoir :

I. — Qu'elle n'a lieu *qu'à l'égard des héritiers du débiteur*;

II. — Que la poursuite, pour le tout, peut être exercée, suivant les cas, soit contre un seul ou contre plusieurs des héritiers, soit contre tous les héritiers. (Comp. *supra*, nos 558-559.)

582. — Nous avons déjà remarqué que, sous ce double rapport, le droit nouveau s'est écarté de l'ancien droit.

D'après l'ancien droit, en effet :

I. L'indivisibilité *solutione* pouvait avoir lieu aussi bien *à l'égard des héritiers du créancier*, activement, qu'à *l'égard des héritiers du débiteur*, passivement;

II. — L'indivisibilité *solutione* à l'égard des héritiers du débiteur, ne donnait pas au créancier le droit de poursuivre l'un d'eux ou chacun d'eux, pour le tout; ce qui en résultait seulement, c'est qu'aucun des héritiers ne pouvait se libérer en offrant sa part, si ses cohéritiers n'offraient pas en même temps la leur; de sorte que c'était par voie d'exception seulement, que le créancier pouvait refuser un payement, qui n'était pas intégral.

583. — Les deux effets que nos textes modernes attachent à l'indivisibilité *solutione*, vont être l'objet de notre étude.

Mais, avant tout, il faut rechercher si ces textes sont limitatifs, et si cette espèce d'indivisibilité ne pourrait pas encore produire, aujourd'hui, les effets qu'elle produisait autrefois, dans le cas où il paraîtrait que la volonté des parties contractantes, a été de les y attacher.

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement.

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134); telle est la règle dont le législateur reconnaît l'empire sur cette matière même de la divisibilité ou de l'indivisibilité des obligations, dans laquelle c'est le plus souvent la commune

intention des parties qui décide du caractère divisible ou indivisible de l'obligation qu'elles contractent.

C'est donc là une convention, comme une autre, et qui doit être exécutée, suivant la volonté des parties.

L'autorité de la tradition témoigne, en effet, qu'elle n'a rien de contraire à l'ordre public, ni aux principes essentiels du droit privé.

584. — Ainsi d'abord, nous admettons que l'indivisibilité *solutione* peut avoir lieu activement, à l'égard des héritiers du créancier, si telle est la convention des parties ;

En d'autres termes, que chacun des héritiers du créancier peut être fondé à poursuivre, pour le tout, le débiteur, et à refuser aussi, en conséquence, un payement partiel.

Ne pourrait-on pas soulever toutefois, contre cette doctrine, les trois objections que voici :

1° Le texte même de la loi, dans l'article 1221, n'admet d'exception au principe de la divisibilité (en dehors de l'indivisibilité véritable) qu'à *l'égard des héritiers du débiteur;*

Or, ce texte n'aurait pas de sens, si l'exception pouvait aussi avoir lieu *à l'égard des héritiers du créancier;*

Donc, la mention qui est faite seulement des uns, est, par cela même, exclusive des autres.

2° Dans les hypothèses auxquelles correspond l'article 1221, 5°, les raisons, qui rendent impossible la prestation partielle de la part des héritiers du débiteur, n'ont aucune force pour la prohiber, quand c'est du côté du créancier, qu'a eu lieu la division. En effet, dans une dette de genre ou dans une dette alternative, peu importe à l'un des héritiers de recevoir partie d'une chose, tandis que son coheritier reçoit partie d'une autre. Dans le cas de promesse d'une somme d'argent destinée à un usage spécial, le créancier peut avoir eu en vue cette destination spéciale, parce qu'il faisait son propre budget, et que

ses projets avaient un caractère personnel, qui dépendait de sa situation et de ses ressources propres; mais il n'y a pas de raison pour croire qu'il ait voulu assigner la même destination à la somme promise, si elle devait être payée à ses héritiers, dont il ne peut apprécier d'avance les projets et les ressources. (Colmet de Santerre, t. V, n° 157, *bis* X.)

3° Enfin, si l'indivisibilité *solutione* produisait ses effets tout à la fois, activement et passivement, à l'égard des héritiers du créancier comme à l'égard des héritiers du débiteur, il deviendrait, de plus en plus, difficile de la distinguer de l'indivisibilité véritable, avec laquelle, sous notre droit nouveau, elle tend singulièrement à se confondre, et dont le trait caractéristique, qui semble seul encore l'en distinguer, est précisément qu'elle est unilatérale et n'a lieu qu'à l'égard des héritiers du débiteur.

Mais ces arguments ne sont, suivant nous, nullement décisifs:

1° D'abord, quant au texte de l'article 1221, ce qui en résulte, c'est que le législateur ne s'est occupé de l'indivisibilité *solutione* qu'à l'égard des héritiers du débiteur, et que cette indivisibilité est, en conséquence, la seule qu'il présume dans les cas par lui spécifiés.

Mais on ne saurait en conclure qu'il ait voulu ainsi prohiber la convention par laquelle les parties établiraient, expressément ou tacitement, l'indivisibilité *solutione* à l'égard des héritiers du créancier.

Une telle conclusion serait certainement excessive.

D'autant plus que cette convention, qui n'a rien de contraire aux principes, comme nous venons de le démontrer, peut être fort utile dans la pratique.

2° On se récrie qu'il est indifférent aux héritiers du créancier que le payement de la dette soit divisé entre eux!

C'était, autrefois, l'argument de Zazius, qui soutenait,

seul contre tous les autres docteurs, la thèse que nous combattons :

« .... *Quia unius ex hæredibus stipulatoris non interest quæ pars solvatur cohæredi suo.* » (Sur la loi 17 ff. *De Solutionibus.*)

Que cela puisse être vrai dans certains cas, nous en convenons.

Mais ce qui est aussi incontestable, c'est qu'il peut souvent arriver que les héritiers du créancier aient eux-mêmes intérêt à ce que le payement ne soit pas divisé.

Aussi Dumoulin répondait-il :

« .... *Falsa est etiam et iniqua ratio Zazii....* » (Part. II, n° 130.)

Et Pothier en fournissait la preuve dans l'exemple même que les dissidents ont choisi, d'une dette alternative ou d'une dette de genre :

« Cette indivision de payement doit avoir lieu, disait-il, non-seulement lorsque la dette est divisée du côté du débiteur, mais aussi pareillement lorsqu'elle l'a été du côté du créancier, qui a laissé plusieurs héritiers; car il est de l'intérêt de ces héritiers du créancier de recevoir une seule chose, qui leur est due, qui ne soit commune qu'entre eux, plutôt que des portions de différentes choses, qu'ils auraient chacun en commun avec des étrangers. » (n° 312.)

Bien plus! il y va souvent de l'intérêt du débiteur que le payement ne puisse pas être divisé entre les héritiers du créancier.

Nous en trouvons un exemple dans les articles mêmes de notre Code. C'est ainsi que la faculté de rachat, quoique divisible entre les héritiers du vendeur (ou entre les covendeurs), qui ne peuvent l'exercer chacun que pour sa part, est indivisible *solutione*, dans l'intérêt de l'acheteur, qui peut exiger que tous les héritiers du vendeur s'entendent pour l'exercer. (art. 1668-1670; comp. *supra*, n° 113.)

Pareillement, que l'un des héritiers du vendeur demande la résolution de la vente ou exerce l'action redhibitoire pour vices cachés de la chose vendue, l'acheteur, qui est bien ici le débiteur, pourra exiger que cette demande soit exercée en même temps, pour le tout, par tous les héritiers ensemble.

3° Mais alors voilà l'indivisibilité *solutione*, qui se transforme en une véritable indivisibilité!

Nous répondons d'abord que cette indivisibilité, qui peut n'avoir lieu qu'*à l'égard des héritiers du débiteur*, comme le Code le suppose, peut aussi n'avoir lieu qu'à l'égard des *héritiers du créancier*, comme nous le supposons en ce moment; et, dans ce cas, elle se distinguerait toujours de la véritable indivisilité par ce trait fort reconnaissable, que tandis que la véritable indivisibilité est toujours absolue et bilatérale, l'indivisibilité *solutione* serait seulement relative et unilatérale, soit passivement, soit activement.

Mais nous allons plus loin; et rien d'ailleurs, à notre avis, ne s'oppose à ce que l'indivisibilité *solutione* devienne elle-même bilatérale, s'il plaît aux parties de convenir, en effet, qu'elle existera des deux côtés également, à l'égard des héritiers du creancier comme à l'égard des héritiers du débiteur.

Ce qui nous amène à conclure comme nous avons commencé; à savoir : que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (Comp. Larombière, t. II, art. 1221, n° 37; Boistel, *loc. supra cit.*, p. 175 et suiv.)

585. — C'est aussi cette raison, qui nous a fait dire que les parties peuvent convenir, expressément ou tacitement, que l'indivisibilité *solutione* qu'elles établissent à l'égard des héritiers du débiteur, ne donnera pas au créancier le droit de poursuivre par voie d'action, l'un d'eux ou chacun d'eux pour le tout, mais seulement le droit de refuser, par voie d'exception, un payement partiel;

En d'autres termes, que les parties peuvent déroger, par leur convention à la règle du droit nouveau, pour se replacer sous la règle de l'ancien droit. (Comp. *supra*, n° 583.)

Le débiteur d'une rente vient de mourir, laissant plusieurs héritiers.

Et voici l'un d'eux, qui veut racheter contre le créancier la part, dont il est tenu dans cette rente.

Le peut-il?

Pourquoi pas? dira-t-on. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 102; Duranton, t. XVII, n° 613; Duvergier, *Du Prêt*, n° 336.)

C'est une dette de somme ou de quantité, très-divisible assurément;

Et si bien divisible, que le créancier, en effet, ne pourrait poursuivre le remboursement du capital que pour partie, en cas de faillite de l'un des débiteurs, ou en cas de non-payement par l'un d'eux des arrérages pendant deux ans. (Comp, Pothier, *Du Contrat de rente*, n° 192; Troplong, *Du Prêt*, n° 464.)

Il est vrai! ou du moins pouvons-nous admettre cette proposition, sans qu'il en résulte que nous nous engagions à concéder aussi que le créancier serait obligé de recevoir un remboursement partiel de l'un des débiteurs qui voudrait, pour sa part, racheter la rente.

Cette concession-là, nous ne croyons pas pouvoir la faire, dans le cas qui nous occupe.

En effet, le créancier ne poursuit pas l'un des débiteurs, pour le tout, par voie d'action;

Il se défend, par voie d'exception, contre une résolution que l'on veut rendre partielle, quand elle doit être, au contraire, totale. (Arg. des art. 1668-1670; comp. *supra*, n° 584.)

Car, il nous paraît juridique et équitable d'interpréter la convention des parties en ce sens, que le créancier y a mis cette condition, à laquelle le débiteur a consenti,

que le capital destiné à servir la rente, qu'il a voulu s'assurer, ne serait pas morcelé par des remboursements partiels.

« On ne résout pas un contrat par partie, dit fort justement Troplong; on ne met pas partiellement un acheteur au même et semblable état qu'avant le contrat. » (*Loc. supra cit.*, n° 463; Larombière, t. II, art. 1221, n° 37.)

586. — Rentrons maintenant dans notre Code, pour nous occuper des effets de l'indivisibilité *solutione*, telle qu'il l'a établie, *à l'égard des héritiers du débiteur.*

Le seul effet, avons-nous dit, que l'ancienne doctrine attachait à cette indivisibilité, consistait dans une sorte d'exception, par laquelle le créancier pouvait refuser le payement divisé, que chacun des héritiers lui aurait offert de sa part.

Mais le créancier n'avait pas le droit de poursuivre, par voie d'action, le payement intégral, soit contre un seul d'entre eux, soit contre tous. (Comp. *supra*, n° 582.)

C'est précisément ce droit de poursuite pour le tout, que notre Code lui accorde, suivant les distinctions que nous avons exposées sur le dernier alinéa de l'art. 1221.

Quelle est la conséquence de cette innovation?

Il est difficile d'en déterminer exactement la portée; d'autant plus que les travaux préparatoires ne nous en fournissent aucune explication. Deux des orateurs (MM. Real et Miot) se bornent à reproduire les termes de la loi; et il est même arrivé que le troisième (M. Bigot-Préameneu) semble n'avoir reproduit que les termes de la doctrine ancienne!

« .... *Les héritiers du débiteur*, dit-il, *ne peuvent se soustraire à cette obligation* (de ne pas diviser le payement de la dette), *en demandant la division....* » (Fenet, t. XIII, p. 259.)

Aussi, plusieurs jurisconsultes ont-ils enseigné que le législateur de notre Code n'a eu, en effet, aucune

pensée d'innovation, et que, en supposant qu'on dût lui en prêter une, cette pensée devait être fort modeste, et n'avoir d'autre caractère que celui d'un changement de rédaction et de formule.

D'après Marcadé, le nouveau rédacteur a seulement voulu supprimer cette subtilité de la loi romaine, que Dumoulin et Pothier avaient suivie, et qui ne permettait pas au créancier de demander le tout à un débiteur, qui pourtant ne pouvait lui payer que le tout! (T. III, art. 1221, n° 3.)

M. Boistel ajoute qu'on paraît avoir voulu dire que, puisque, chez nous, il n'y a pas de plus-pétition, la demande du tout par le créancier ne devait pas être écartée comme excessive. (*Revue historique*, 1868, p. 159.)

Et M. Larombière semble aussi disposé à restreindre la disposition de l'article 1221 dans les plus étroites limites :

« Est-ce une innovation que les rédacteurs du Code ont entendu introduire? L'imputation serait grave; car cette innovation, appliquée à quelques-uns des cas prévus par Pothier, serait le renversement d'anciens principes certains, élémentaires. En donnant au créancier, dans tous les cas où l'intention des contractants a été que la dette ne pût être acquittée partiellement, le droit de poursuivre pour le tout chacun des débiteurs, de le faire condamner pour le tout, d'interrompre, pour le tout, la prescription, et de l'interrompre, en même temps, contre les autres; en donnant ce droit au créancier dans tous les cas, la simple indivisibilité de payement produirait aujourd'hui des effets exagérés, exorbitants, véritablement inouïs. »

Et le savant auteur conclut ainsi :

« Disons donc que le législateur moderne, en édictant l'article 1221, n'est pas tombé en contradiction; *qu'il n'a pas entendu, non plus, introduire une innovation;* que, seulement, en employant les expressions de Pothier, *il*

leur a attribué un sens différent et conforme à l'esprit de ses dispositions nouvelles. » (T. II, art. 1221, n° 30.)

N'y a-t-il pas, dans ce passage, un peu d'hésitation et d'incertitude?

Il serait permis peut-être de le penser.

Quoi qu'il en soit, on comprend tout ce que cette manière d'apprécier la disposition de l'article 1221, doit exercer d'influence sur la solution des questions qu'il a fait naître, et qu'elle ne tend à rien moins qu'à restaurer, de tous points, dans notre droit nouveau, la doctrine du droit ancien.

Et voilà bien, en effet, où en sont venus les éminents jurisconsultes!

Mais, pourtant, le texte même de notre loi ne consacre nullement l'ancienne doctrine.

Et nous croyons que le combat, qui va s'engager sur le nouveau terrain, ne sera pas facile pour ceux qui, en présence du texte de l'article 1221, prétendent défendre encore aujourd'hui les solutions d'autrefois.

587. — Il serait peut-être plus méthodique de n'exposer les effets particuliers de l'indivisibilité *solutione*, qu'après avoir exposé les effets généraux de l'indivisibilité proprement dite.

Comme nous connaîtrions alors également les effets de l'obligation divisible et les effets de l'obligation indivisible, nous pourrions plus facilement, par la comparaison, déterminer quels sont, dans cette obligation mixte ou neutre, tout à la fois divisible et indivisible, ceux des effets que la divisibilité y produit, et ceux des effets qu'y produit l'indivisibilité.

Toutefois, il nous paraît utile de compléter l'exposition de cette indivisibilité *solutione*, en soulevant de suite, à cette place, deux des questions les plus importantes parmi celles qui s'agitent sur ses effets, et dont la solution, quelle que soit celle qu'on leur donne, implique nécessairement la solution des autres.

Ces deux questions donc, les voici :

I. Celui des héritiers du débiteur qui est poursuivi pour le tout, par le créancier, dans les cas prévus par l'article 1221, peut-il demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, afin de faire diviser la condamnation ?

II. La prescription interrompue ou suspendue contre l'un des héritiers du débiteur, est-elle interrompue ou suspendue, pour le tout, ou seulement pour la part de cet héritier?

588. — I. Nous recherchons d'abord si celui des héritiers du débiteur qui est poursuivi, pour le tout, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, afin de faire diviser la condamnation.

L'affirmative, enseignée d'abord par Delvincourt (t. II, p. 516), et par Duranton (t. XI, nos 269 et 297), a été reprise, dans ces derniers temps, avec une grande force de conviction, par M. Boistel. (*Loc. supra cit.*, p. 163 166.)

Cette doctrine est principalement fondée sur trois arguments :

1° Quoi donc! s'écrie notre honorable collègue, les débiteurs d'une dette véritablement indivisible, qui sont tenus pour le tout, peuvent, aux termes de l'art. 1225, faire diviser la condamnation ; et dans l'indivisibilité *solutione,* qui produit des effets moins forts, qui, tout au plus, quant au payement, peut être assimilée à l'indivisibilité proprement dite, la même règle ne pourrait pas s'appliquer !

C'est donc, *a fortiori,* qu'il faut appliquer ici l'article 1225.

Duranton enseigne de même qu'on ne saurait admettre que les auteurs du Code, qui ont sans doute dérogé aux anciens principes, en donnant au créancier l'*action* pour le tout, contre l'un des héritiers du débiteur, aient entendu y déroger aussi sous le rapport de *la condamna-*

tion, et qu'ils aient ainsi voulu attribuer à des obligations reconnues par eux-mêmes comme divisibles, des effets plus onéreux, pour l'héritier poursuivi, que ne le seraient les effets d'une obligation indivisible proprement dite.

2° Quelle serait la conséquence de la doctrine qui admettrait que celui des héritiers du débiteurs, qui est poursuivi pour le tout, peut aussi être condamné pour le tout, quoiqu'il ait appelé ses cohéritiers en cause?

C'est que la dette deviendrait ainsi véritablement solidaire, à la charge de cet héritier, quand cependant il est bien certain que l'indivisibilité ne lui imprime point le caractère de la solidarité; c'est que, par suite, l'insolvabilité de l'un des héritiers serait supportée par son cohéritier; ce qui n'est pas non plus conforme aux principes dans les dettes purement personnelles.

Aussi, faut-il décider, au contraire, que si l'un des héritiers est insolvable au moment où le payement de la dette est demandé pour le tout à l'héritier désigné par le titre pour l'acquitter (dans le n° 4 de l'art. 1221), l'insolvabilité ne doit point être supportée par lui, mais par le créancier, suivant le droit commun.

3° Mais, pourtant, le texte même de la loi, dans le paragraphe final de l'article 1221, dispose que cet héritier *peut être poursuivi pour le tout!*

A quoi cette doctrine répond que le droit de poursuivre un héritier pour le tout n'emporte pas nécessairement le droit de le faire condamner pour le tout; autre chose est la poursuite, autre chose la condamnation.

589. — La réponse peut assurément paraître imprévue et fort singulière!

Comment! la loi, qui me donne le droit de poursuivre l'un des héritiers de mon débiteur pour le tout, ne me donne pas le droit d'obtenir contre lui une condamnation pour le tout!

Mais, en vérité, c'est la proposition contraire qui nous paraît d'évidence!

Si mon droit est de poursuivre pour le tout cet héritier, mon droit est nécessairement d'obtenir une condamnation pour le tout contre lui.

Et si j'ai le droit d'obtenir une condamnation pour le tout contre lui, c'est qu'il est obligé, pour le tout, envers moi, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Cela est, suivant nous, incontestable ; et M. Rodière a pu dire que *cette doctrine lui semble aussi claire que l'eau la plus limpide!* (n° 397.)

590. — Aussi, tenons-nous, en effet, que dans les cas prévus par les numéros 2, 4 et 5 de l'article 1221, celui des héritiers qui est poursuivi pour le tout, ne peut pas appeler en cause ses cohéritiers, pour faire diviser la condamnation.

Supposons d'abord le cas prévu par les numéros 2 et 4, où l'un des héritiers seulement peut être poursuivi pour le tout.

La preuve qu'il ne peut pas obtenir la division de la condamnation, va résulter à la fois des textes de la loi, et du motif essentiel qui a fait établir alors l'indivisibilité *solutione* :

1° En effet, l'article 1225, qui pose la règle que :

« L'héritier du debiteur assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers.... »

Cet article y apporte, tout aussitôt, cette exception :

« A moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, *qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers.* »

Or, dans les cas prévus par les numéros 2 et 4 de l'article 1221, il s'agit d'une dette, qui est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné.

Donc, l'héritier assigné ne peut point, dans ce cas, mettre en cause ses cohéritiers.

Aussi, l'exception que l'article 1225 décrète, est-elle

reproduite par l'article 1221 lui-même, qui dispose que :

Dans le second cas, l'héritier qui possède la chose due, peut être poursuivi pour le tout, *sauf son recours contre ses cohéritiers;*

Et que, dans le quatrième cas, l'héritier seul chargé de la dette.... *peut aussi être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers.*

Les textes sont donc très-clairs!

2° Nous ajoutons que le motif, sur lequel cette exception est fondée, ne l'est pas moins.

Pourquoi l'article 1225 admet-il, en général, la division de la condamnation entre les héritiers du débiteur, dans le cas de l'indivisibilité proprement dite ?

C'est parce que cette division ne change pas le caractère de la convention et ne porte aucune atteinte au droit du créancier.

La chose qui fait l'objet de la convention, étant indivisible, il est évident que la division de la condamnation n'aura pas pour résultat d'empêcher le créancier de poursuivre pour le tout, l'exécution de l'obligation contre chacun des débiteurs, puisque cette exécution ne peut pas avoir lieu divisément.

La division de la condamnation ne peut avoir ce résultat, que lorsque l'obligation n'étant pas exécutée se convertit en dommages-intérêts; alors, en effet, chacun des héritiers du débiteur n'est tenu que pour sa part, de cette obligation subsidiaire, qui est, elle, divisible, sauf au créancier à poursuivre, pour le tout, le paiement des dommages-intérêts contre celui des débiteurs, qui a empêché l'exécution intégrale de l'obligation. (Comp. *infra*, nos 599 et suiv.)

Mais, quant à l'exécution de l'obligation elle-même, elle n'en peut pas moins être poursuivie pour le tout, contre chacun des débiteurs, après la division de la condamnation, comme avant.

Or, tout au contraire, la division de la condamnation, si elle était prononcée dans les cas prévus par les numéros 2 et 4 de l'article 1221, dénaturerait absolument la convention et porterait une atteinte manifeste au droit du créancier.

Comme la chose, qui fait l'objet de cette convention, est divisible, l'exécution de la condamnation divisée, pourrait avoir lieu divisément, contre chacun des héritiers du débiteur, pour sa part;

Ce qui ne serait, ni plus ni moins, que la destruction du contrat, par lequel, précisément, l'indivisibilité *solutione* avait été stipulée!

Un corps certain m'était dû par Paul, qui est mort laissant quatre héritiers ; et le corps certain, qui fait l'objet de ma créance, est échu, pour le tout, à l'un d'eux par le partage.

Qu'ai-je besoin de poursuivre les autres, qui n'y ont plus aucun droit ! et ma poursuite, pour le tout, contre celui, qui a la chose tout entière, n'est-elle pas très-justifiée! (Numéro 2 de l'article 1221.)

C'est bien plus évident encore, dans le cas du numéro 4.

Comment! j'ai stipulé, dans le prêt de 20 000 fr., que j'ai fait à Paul, que, s'il mourait laissant plusieurs héritiers, je pourrais poursuivre contre l'un d'eux, mon remboursement pour le tout.

Et vous prétendez que si Paul est mort, laissant quatre héritiers, celui, que le titre a chargé du paiement pour le tout, pourra demander la division de la condamnation, de façon à ce que je ne puisse demander à chacun des héritiers qu'un quart ?

Cela est impossible !

Car cela serait l'anéantissement de la convention ! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 42 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 161 *bis*, III; Rodière, n° 397.)

591. — La même solution est évidemment aussi ap-

plicable dans les cas prévus par le numéro 5 de l'article 1221, lorsqu'il résulte soit de la nature de l'engagement, soit de la chose, qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.

« *Dans le cinquième cas,* dit notre texte, *chaque héritier peut aussi être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers.* »

D'où il suit qu'il est impossible d'admettre une division de la condamnation, qui aurait pour résultat, puisque la chose, qui fait l'objet de l'obligation est divisible, d'amener la division du payement !

Or, la division du payement, qui serait la conséquence de la division de la condamnation, est encore ici impossible.

Dans un contrat de prêt de 20 000 fr., que j'ai fait à Paul, j'ai stipulé que cette somme me serait rendue, le 1er mars, parce que j'en ai besoin ce jour là, afin d'exercer une faculté de rachat, qui expire le lendemain.

Paul meurt, laissant quatre héritiers.

Et on prétend que celui d'entre eux, que je poursuis pour le tout, a le droit de faire diviser, par quart, la condamnation, en mettant en cause ses cohéritiers.

Mais dirons-nous encore, cela ne peut pas être, parce que cela serait la violation manifeste du contrat !

Ce qui est vrai seulement, dans ce dernier cas, et ce que nous voulons, en effet, ajouter, c'est que celui des héritiers du debiteur, que le créancier poursuit pour le tout, peut mettre en cause ses cohéritiers, pour que chacun d'eux soit condamné, comme lui, à exécuter, pour le tout, l'obligation, parce que chacun d'eux est tenu, comme lui, de l'exécuter pour le tout.

Ce droit, qui est utile à celui des héritiers du débiteur, qui est poursuivi, ne cause, en effet, aucun tort au créancier.

Il est, disons-nous, utile à l'héritier poursuivi ; car

ses cohéritiers se trouvant condamnés comme lui, le créancier a dès lors un titre exécutoire contre eux aussi bien que contre lui; et leur position commune demeure *après*, la même qu'elle était *avant*.

Nous ajoutons qu'il n'en résulte aucun dommage pour le créancier; cela est d'évidence! puisque, tout au contraire, il va désormais avoir lui-même un titre exécutoire, qui lui permettra de poursuivre, pour le tout, celui des héritiers du débiteur, qu'il lui plaira de choisir. (Comp. *infra*, n° 601.)

592. — II. Notre seconde question consiste à savoir si la prescription interrompue ou suspendue contre l'un des héritiers du débiteur, dans une obligation indivisible *solutione*, est interrompue ou suspendue pour le tout, conformément à l'article 2249; ou si elle n'est interrompue ou suspendue que pour la part de cet héritier. (*Supra*, n° 587.)

Les mêmes jurisconsultes, que nous venons de rencontrer comme contradicteurs, dans la question qui précède, enseignent pareillement que cet effet de l'indivisibilité proprement dite ne dérive pas de l'indivisibilité *solutione*.

Et leur solution est que, dans cette espèce d'indivisibilité, la prescription interrompue ou suspendue contre l'un des héritiers du débiteur, n'est interrompue ou suspendue que pour la part de cet héritier.

1° On invoque, d'abord, en ce sens, les traditions anciennes :

Soit du droit romain. (L. 3, § III, ff., *Commodati vel contra*; L. 7, § I, ff., *Depositi vel contra.*) ;

Soit de notre ancien droit français. (Comp. Pothier, n° 647.)

2° On ajoute que ces traditions sont conformes aux principes.

En effet, l'interruption de la prescription ne peut avoir d'autre résultat que de perpétuer une obligation préexistante;

Or, avant la poursuite, celui des héritiers du débiteur, qui a été poursuivi, ne devait que sa part; cela résulte de tous les textes et des travaux préparatoires; car cette dette, il ne faut pas l'oublier, est divisible;

Donc, il ne peut pas devoir, après la poursuite, plus qu'il ne devait avant.

Il ne pouvait, à la vérité, payer par parties.

Mais pourquoi cela?

Parce que le créancier avait intérêt à recevoir le tout en une fois.

Aussi, dès que le créancier a laissé prescrire les autres parts de la dette, le tout ne lui est plus dû; et il ne peut plus demander que la part du débiteur qu'il a poursuivi.

Donc, ce débiteur ne doit pas lui payer plus que cette part.... « *Le Code, en effet, en accordant au créancier, le droit de poursuivre pour le tout, n'a voulu que sanctionner la nécessité où pourrait se trouver le débiteur de payer intégralement; et il n'a pas eu la pensée de donner à cette innovation une portée plus considérable.* » (Boistel, *loc. supra cit.*, p. 161.)

3° Quelle serait d'ailleurs la conséquence de la doctrine, qui voudrait que la prescription interrompue ou suspendue contre l'un des héritiers du débiteur, fût interrompue ou suspendue pour le tout?

Cet héritier, qui demeurerait tenu de payer le tout, quoiqu'il ne doive que sa part, aurait-il un recours contre ses héritiers?

Si on répond non, le voilà définitivement chargé de tout le poids de cette dette divisible, et qui s'était, en effet, divisée entre ses cohéritiers et lui;

Si on répond oui, voilà ses cohéritiers, qui continuent d'être débiteurs, eux, contre lesquels la prescription n'a été ni interrompue ni suspendue.

L'article 2249 le décide ainsi!

Il est vrai! mais seulement pour les dettes indivisibles;

Or, la dette, dont il s'agit, est divisible ;

Donc, l'article 2249 ne peut pas y être appliqué. (Comp. Cass., 5 déc. 1826, Sirey, 1827, I, 310 ; Toullier, t. VI, nos 781 et 797 ; Duranton, t. XI, n° 267, et t. XXI, n° 275 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 161 *bis*, III ; Larombière, t. II, art. 1221, n° 30 ; Boistel, *loc. supra cit.*)

593. — Cette doctrine n'est pas la nôtre ; et nous croyons pouvoir démontrer qu'elle n'est pas juridique, sous l'empire du droit nouveau :

1° Il faut d'abord écarter sur ce point l'autorité de l'ancien droit.

Tandis que, en effet, l'ancien droit autorisait seulement le créancier d'une obligation indivisible *solutione*, à refuser, par voie d'exception, le payement partiel de l'un des héritiers du débiteur ;

Le droit nouveau l'autorise à poursuivre, par voie d'action, le payement total !

Or, c'est là, malgré les protestations de la doctrine contraire, une innovation considérable dont la conséquence est évidemment que l'obligation, dont nous nous occupons, n'est plus aujourd'hui indivisible seulement *quant au payement*, mais qu'elle est indivisible aussi quant à la *demande*.

2° Cela posé, notre argument est très-simple :

Aux termes de l'article 2249, la demande, faite à l'un des héritiers du débiteur d'une obligation indivisible, interrompt la prescription non-seulement à son égard, mais aussi à l'égard des autres héritiers ;

Or, aux termes de l'article 1221, l'obligation, dont il s'agit, est indivisible, en ce qui concerne la demande ; elle est, en ce point, assimilée aujourd'hui à l'obligation indivisible proprement dite ;

Donc, l'article 2249 lui est applicable ; et la demande doit produire, en ce qui concerne cette espèce d'indivisibilité, le même effet qu'elle produit en ce qui concerne l'indivisibilité proprement dite.

3° Les autres héritiers du débiteur demeurent donc aussi tenus de leur part!

Assurément oui, suivant nous!

Et celui d'entre eux contre lequel la prescription a été interrompue, aura son recours contre les autres, s'il a été forcé de payer le tout.

Cette solution résulte nécessairement de ce que nous venons de dire, que l'article 2249 est applicable.

Ajoutons que toute autre solution serait inadmissible.

Décider comme le font quelques jurisconsultes, que la prescription, interrompue pour le tout, contre celui des héritiers, qui a été poursuivi, n'a pas été interrompue contre les autres héritiers, pour leur part, et que ceux-ci sont libérés;

C'est traiter celui des héritiers qui a été poursuivi, plus durement que si l'obligation était solidaire ou absolument indivisible! c'est le charger définitivement du poids tout entier d'une obligation dont il n'est débiteur que pour une part!

Afin d'échapper à cette conséquence, intolérable en effet, on a proposé de dire que la prescription ne serait interrompue que *pour la part* de celui des héritiers, qui a été poursuivi, et que le créancier serait obligé de lui tenir compte de la part des autres débiteurs, dont il a laissé périr l'obligation par prescription.

C'est la doctrine de M. Colmet de Santerre, qui paraît assimiler encore, dans ce cas, la prescription à une sorte de remise tacite faite par le créancier aux autres héritiers du débiteur. (T. V, n° 161 *bis*, III.)

Mais cette doctrine, que nous avons déjà entrepris de réfuter ailleurs (*supra*, n°s 170-171), devient ici, suivant nous, de plus en plus inadmissible.

C'est *pour le tout* que l'un des héritiers du débiteur a été interpellé par le créancier.

Et c'est *pour le tout*, en effet, que le créancier avait le droit de l'interpeller!

Comment donc se pourrait-il que cette interpellation, légalement formée *pour le tout*, n'eut pour conséquence que d'interrompre la prescription *pour partie!* (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 41 et 43; Rodière, n° 395.)

C. — *De effets de l'obligation indivisible.*

SOMMAIRE.

594. — Division.
595. — Observation générale.
596. — I. Des effets de l'obligation indivisible, à l'égard des débiteurs. — Chacun des débiteurs ou des héritiers du débiteur en est tenu pour le tout.
597. — Suite. — Explication. — Exemple.
598. — Il faut, dans l'obligation indivisible comme dans l'obligation solidaire, distinguer les relations des codébiteurs envers le créancier d'avec les relations des codébiteurs les uns envers les autres.
599. — L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui. — Observation.
600. — Quel est le but de cette mise en cause? — S'agit-il, dans l'article 1225, de l'exception dilatoire de garantie, que l'héritier assigné peut opposer au créancier, d'après l'article 175 du Code de procédure?
601. — Suite.
602. — Suite.
603. — Dans quels cas l'article 1225 est-il applicable? — et quelles sont les distinctions qu'il comporte? — Division.
604. — *a*. Du cas où la dette est de nature à pouvoir être acquittée soit par celui des héritiers qui est assigné, soit par chacun de ses cohéritiers.
605. — *b*. Du cas où la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné.
606. — Suite.
607. — *c*. Du cas où la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les cohéritiers conjointement.
608. — Suite.
609. — Suite.
610. — L'obligation indivisible perd son caractère et ne produit plus dès lors les effets, qui lui sont propres, dès que, par un événement quelconque, une chose divisible se trouve substituée à la chose indivisible, qui en faisait d'abord l'objet.
611. — II. Des effets de l'obligation indivisible, à l'égard des créanciers. — Chacun des créanciers ou chacun des héritiers du créancier peut exiger, en totalité, l'exécution de l'obligation.

594. — Nous allons examiner successivement :

I. Les effets particuliers de l'obligation indivisible, à l'égard des débiteurs;

II. Les effets particuliers de l'obligation indivisible, à l'égard des créanciers;

III. — Ceux des effets qui sont communs à l'une et à l'autre.

595. — Il est bien entendu que les explications, qui vont suivre, s'appliquent également :

Soit aux obligations indivisibles *natura vel contractu*, dans les termes de l'article 1217;

Soit aux obligations indivisibles *obligatione*, dans les termes de l'article 1218.

Nous avons déjà remarqué que ces deux espèces d'indivisibilité sont gouvernées par les mêmes règles et produisent les mêmes effets.

Quant à l'indivisibilité *solutione*, elle a ses règles propres et ses effets spéciaux.

Nous les avons exposés, en traitant des effets de l'obligation divisible; et il suffit de nous référer aux développements, que nous avons fournis (*supra*, nos 581 et suiv.).

596. — I. Supposons d'abord une obligation indivisible passivement, à l'égard des débiteurs.

Les articles 1222 et 1223 s'expriment ainsi :

Articles 1222 : « Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le tout, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement. »

Article 1223 : « Il en est de même à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation. »

Le Code mentionne ici, comme on voit (ce qu'il n'a pas fait, à beaucoup près, partout), la double hypothèse, qui peut mettre en scène notre thèse de l'indivisibilité, à savoir :

Celle où l'obligation a été contractée, dans le principe, par plusieurs débiteurs conjoints;

Celle où l'obligation a été contractée, par un seul débiteur, qui est mort laissant plusieurs héritiers (Comp. *supra*, n° 542).

Et, pour l'une comme pour l'autre, il dispose que chacun des débiteurs conjoints ou chacun des héritiers du débiteur en est tenu pour le total;

C'est-à-dire que chacun d'eux peut être poursuivi par

le créancier, pour l'accomplissement total de l'obligation.

Rien de plus simple!

Puisque tel est l'effet nécessaire de l'obligation indivisible, que l'accomplissement partiel en est impossible!

Quel est le droit du créancier?

C'est d'exiger que son débiteur se libère envers lui.

Et, par conséquent, le créancier a le droit d'exiger le tout de chacun des débiteurs, là où chacun d'eux ne peut se libérer, que par l'accomplissement de l'obligation pour le tout.

« *Ea quæ in partes dividi non possunt, solida a singulis hæredibus debenter,* dit Marcellus. (L. 192, ff. *de Regulis juris.*)

597. — Voilà donc une obligation simplement conjointe, dans laquelle chacun des débiteurs, quoiqu'il ne doive que sa part, peut être néanmoins contraint de payer le tout.

Il en est ainsi dans l'obligation solidaire!

Assurément!

Mais, dans l'obligation solidaire, il existe, entre les codébiteurs, une relation juridique de mandat, de cautionnement, ou de société, qui explique la nécessité où chacun d'eux se trouve réciproquement de faire l'avance des parts afférentes à ses codébiteurs, et qui sert, en effet, de base à toute la théorie, sur laquelle la solidarité repose; c'est en ce sens que l'on dit que les codébiteurs solidaires ne sont pas tenus seulement *in totum,* mais qu'ils sont tenus *totaliter;*

Tandis que, dans l'obligation indivisible, les débiteurs ne sont pas tenus *totaliter;* ils sont tenus seulement *in totum;* car ils ne se sont pas obligés les uns pour les autres; chacun d'eux, au contraire, ne s'est obligé séparément que pour soi;

Et la nécessité où chacun d'eux se trouve de faire l'avance des parts afférentes à ses codébiteurs, ne dérive

d'aucune relation juridique, qui les fasse réciproquement mandataires les uns des autres ; elle dérive uniqu ment d'une impossibilité physique ou juridique.

Cette différence est capitale !

L'un des codébiteurs solidaires a-t-il détruit, par sa faute, la chose qui faisait l'objet de l'obligation?

Les autres codébiteurs ne sont pas libérés ; parce qu'ils répondent de la faute de leur codébiteur, c'est-à-dire de leur mandataire ou associé. (Art. 1205 ; comp. *supra*, nº 343.)

Mais, au contraire, l'un des codébiteurs d'une obligation indivisible, a-t-il fait périr, par sa faute, la chose, qui faisait l'objet de cette obligation?

Les autres codébiteurs sont libérés, parce qu'ils ne répondent pas les uns des autres, et que la faute individuelle de l'un est, en ce qui concerne l'autre, un cas fortuit. (Art. 1302.)

598. — Quoi qu'il en soit, et malgré cette différence, il n'en faut pas moins aussi, dans l'obligation indivisible comme dans l'obligation solidaire, distinguer deux sortes de relations, à savoir :

Les relations des codébiteurs envers le créancier;

Et les relations des codébiteurs les uns envers les autres.

Si, envers le créancier, chacun des débiteurs est tenu pour le total ;

Il n'est tenu, envers ses codébiteurs, que pour sa part.

Et, en conséquence, lorsqu'il a payé le total au créancier, il a le droit d'exercer un recours contre ses codébiteurs pour la part afférente à chacun d'eux dans la dette commune.

« .... *Sauf son recours contre ses cohéritiers....* » dit l'article 1221.

« .... *Sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers*, » dit l'article 1225. (Comp. L. 2, § 2, ff. *de Verbor. obligat.*)

599. — Lorsqu'il a, disons-nous, payé le total au créancier, l'un des débiteurs peut exercer un recours contre les autres.

Mais n'a-t-il pas aussi quelque droit contre eux, avant d'avoir payé, ou plus généralement, avant d'avoir fourni l'accomplissement intégral de l'obligation?

Nous arrivons ainsi à l'article 1225, qui s'exprime en ces termes :

« L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai, pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers. »

Cette rédaction peut paraître un peu obscure.

Et peut-être serait-il difficile de la comprendre, sans le secours de Pothier, auquel les auteurs du Code l'ont empruntée, et dont ils ont certainement voulu reproduire la doctrine.

600. — D'abord, quel est le droit, que l'article 1225 confère à celui des débiteurs, qui est assigné?

Ce codébiteur, dit notre texte, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers.

Mais dans quel but? et pour quoi faire?

S'agit-il de l'exception dilatoire de garantie, qui, d'après l'article 175 du Code de procédure, peut être opposée au demandeur par le défendeur, qui prétend avoir droit d'appeler un garant?

Tel est l'avis de M. Rodière :

« Nous pensons, dit-il, que ce délai n'est autre que celui fixé par les articles 175 et suivants du Code de procédure.... » (N° 367.)

Mais cette interprétation de l'article 1225 ne nous paraît pas exacte.

Que le débiteur d'une obligation indivisible, assigné seul par le créancier, puisse invoquer cette exception, et

demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, afin de faire statuer, par le même jugement, sur le recours, qu'il aura à exercer contre eux, cela est certain.

C'est là une exception de droit commun, qui appartient à quiconque peut appeler garant; dont nous avons vu que jouissent les codébiteurs d'une obligation solidaire; et dont les codébiteurs d'une obligation indivisible doivent certainement jouir aussi, sans qu'il soit nécessaire qu'un texte spécial la leur accorde.

Aussi, tel n'est pas l'objet de l'article 1225.

Et la preuve en est manifeste.

Cet article même, en effet, dispose que l'héritier, assigné pour la totalité de l'obligation, ne peut pas demander un delai pour mettre en cause ses cohéritiers, *lorsque la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui*;

Or, il est incontestable (notre savant collègue de la Faculté de Toulouse le reconnaît) que l'héritier assigné n'en a pas moins le droit d'appeler ses cohéritiers en garantie, lors même que la dette serait de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui; ou plutôt c'est précisément dans ce cas qu'il a le droit de les appeler, puisqu'il y a encore plus d'intérêt que dans les autres cas;

Donc, ce n'est pas l'exception dilatoire de garantie, que l'article 1225 accorde à l'héritier assigné;

Puisque, si on voulait prétendre que c'est cette exception, qu'il a en vue, la conséquence en serait qu'au lieu de la lui accorder, tout au contraire! il la lui refuserait dans le cas où elle lui serait le plus secourable!

601. — C'est, en effet, un droit tout autre, un droit beaucoup plus important, et qui appartient spécialement à la théorie des obligations indivisibles, que l'article 1225 accorde à l'héritier assigné pour la totalité de l'obligation.

C'est, disons-nous, le droit de faire diviser la condamnation entre ses cohéritiers et lui, ou, plus exacte-

ment, d'obtenir que ses cohéritiers et lui soient, conjointement, condamnés, envers le créancier, à exécuter l'obligation.

L'article 1225 n'exprime pas cela !

Il est vrai qu'il ne l'exprime pas formellement.

Mais deux arguments témoignent que c'est en cela, précisément, que toute sa disposition consiste :

1° En effet, telle était la règle, que professait Pothier, d'après Dumoulin. (Part. II, nos 469 et suiv., et Part. III, nos 90 et 104.)

« Lorsque la dette, dit-il, est indivisible, chacun des héritiers du débiteur, étant débiteur de la chose entière, il en résulte qu'on peut donner la demande contre chacun des débiteurs pour la chose entière. Mais comme il n'en est pas débiteur *totaliter*, qu'il ne l'est que comme héritier en partie du débiteur, et conjointement avec ses cohéritiers, il suit de là qu'étant assigné, il peut demander un délai pour appeler et mettre en cause ses cohéritiers, *et qu'il ne doit être condamné seul que faute par lui de les avoir appelés....* » (N° 331.)

Les développements, que Pothier fournit ensuite, ne permettent pas de douter que cette mise en cause a pour but et pour résultat que l'héritier assigné ne doit plus être condamné seul, mais que tous les héritiers doivent être condamnés conjointement. (Nos 332 à 335.)

2° Voilà bien aussi ce qui résulte du texte même de l'article 1225, qui, après avoir posé comme règle que :

« L'héritier assigné peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers; »

Ajoute comme exception :

« *Qu'il doit être condamné seul*, lorsque la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui. »

Or, l'exception implique que la règle est contraire ;

Donc, la règle est que l'héritier assigné, qui met ses cohéritiers en cause, ne doit pas être condamné seul, et ue tous les héritiers doivent être condamnés conjointe-

ment, lorsque la dette n'est pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 38; Colmet de Santerre, t. V, n° 160 *bis;* Larombière, t. II, art. 1225, nos 1 et suiv.)

602. — Cette division, ou mieux encore cette communauté de la condamnation, est très-importante.

Elle offre à l'héritier qui a été assigné seul pour la totalité de l'obligation, deux avantages précieux :

D'une part, sa position demeure *après* ce qu'elle était *avant*, dans le cas que nous supposons, où il s'agit d'une obligation qui est de nature à pouvoir être acquittée par chacun des héritiers indistinctement; tel est, en effet, le cas que suppose l'article 1225, et sur lequel il fonde la règle; car s'il s'agissait d'une obligation de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, nous entrerions dans l'exception.

Eh bien, donc, en demeurant dans la règle qui suppose le cas où chacun des héritiers peut également acquitter l'obligation, la position de l'héritier assigné demeure, après une condamnation conjointe, la même qu'avant cette condamnation.

C'est-à-dire que le créancier se trouve, envers les autres héritiers, aussi bien qu'envers lui, muni d'un titre exécutoire, et qu'il n'a pas, à ce point de vue, d'intérêt à poursuivre l'un plutôt que l'autre;

Tandis que, si la condamnation n'avait été prononcée que contre l'héritier d'abord seul assigné, ce n'est que contre lui qu'il aurait un titre exécutoire; et son intérêt serait de poursuivre celui-ci, plutôt que les autres, contre lesquels il lui faudrait, s'il les voulait poursuivre, obtenir aussi un titre exécutoire.

D'autre part, s'il arrive que, à défaut d'exécution, l'obligation se transforme en dommages-intérêts, comme les dommages-intérêts sont divisibles, chacun des héritiers, mis en cause, ne devra y être condamné que pour

sa part; sauf au créancier à réclamer la totalité des dommages-intérêts contre celui d'entre eux par le fait duquel l'exécution de l'obligation serait devenue impossible.

Mais, quant aux autres, ils ne seront tenus de ces dommages-intérêts que chacun pour sa part;

Tandis que si l'héritier, assigné seul, n'avait pas mis ses cohéritiers en cause, il aurait été condamné seul aussi à la totalité des dommages-intérêts, en cas d'inexécution.

C'est ce que Pothier explique parfaitement.

Supposant d'abord que l'héritier, assigné seul, a mis ses cohéritiers en cause, il décide que cet héritier peut conclure à ce qu'ils soient condamnés conjointement à exécuter l'obligation, et que faute par eux de l'exécuter, ils soient tous condamnés aux dommages-intérêts du créancier.

Puis il ajoute :

« .... *Y étant tous condamnés, ils n'en seront tenus que pour leur part, parce que cette obligation de dommages-intérêts est divisible.* » (N° 333.)

603. — Maintenant, dans quels cas l'article 1225 est-il applicable?

Et quelles sont les distinctions qu'il comporte?

Deux cas sont prévus par le texte.

Mais il en est encore un troisième qui s'y trouve certainement sous-entendu.

Ces trois cas, que Pothier, en effet, examine successivement, les voici :

a. La dette est de nature à pouvoir être acquittée séparément, soit par celui des héritiers qui est assigné, soit par chacun de ses cohéritiers;

b. La dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné;

c. La dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les cohéritiers conjointement.

Reprenons chacune de ces combinaisons.

604. — *a.* Paul a pris, envers moi, l'obligation de

construire une maison sur un terrain qui m'appartient; et il est mort laissant trois héritiers; supposons que cette obligation ne s'est pas éteinte par sa mort.

Voilà une obligation indivisible, qui est de nature à pouvoir être acquittée par chacun des héritiers séparément.

J'assigne donc l'un d'eux pour l'exécution totale de l'obligation.

Mais alors de deux choses l'une :

Ou l'héritier assigné seul ne met pas en cause ses cohéritiers; et, dans ce cas, il sera condamné seul à exécuter l'obligation, et, à défaut d'exécution, à payer seul la totalité des dommages-intérêts; car, en défendant seul à la demande, il est réputé avoir pris à sa charge, envers le créancier, toutes les suites de l'inexécution de l'obligation, sauf, d'ailleurs, son recours contre ses cohéritiers;

Ou il met en cause, comme c'est son droit, ses cohéritiers; et alors, ils seront tous condamnés conjointement à exécuter l'obligation, et, à défaut d'exécution, à payer, chacun pour sa part et portion seulement, les dommages-intérêts.

Chacun, disons-nous, pour sa part et portion seulement, parce que l'indivisibilité de l'obligation, à la différence de la solidarité, ne procède pas de la nature du lien par lequel les débiteurs sont tenus; elle ne procède que de la nature de la chose, qui fait l'objet de l'obligation;

Or, si l'obligation de construire une maison était, en effet, indivisible, parce que cet objet ne pouvait pas être presté partiellement, il n'en est pas ainsi de l'obligation de payer des dommages-intérêts pécuniaires, qui sont, au contraire, divisibles;

Donc, l'effet cessant avec la cause, l'obligation subsidiaire de payer des dommages-intérêts, pour inexécution de l'obligation indivisible, n'en est pas moins elle-même divisible; et, en conséquence, chacun des héritiers

n'y doit être condamné que pour sa part. (Comp. Duranton, t. XI, n° 304; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 38; Colmet de Santerre, t. V, n° 160 *bis*, III; Larombière, t. II, art. 1225, n° 4.)

605. — *b*. Voici maintenant un exemple du cas où la dette indivisible est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné.

Paul a pris, envers moi, l'obligation de me concéder sur son fonds au profit du mien, une servitude de conduite d'eau ou de passage.

L'acte de concession ne détermine pas les conditions d'exercice de cette servitude; il porte que ces conditions seront l'objet d'un règlement ultérieur.

En cet état, Paul meurt, laissant trois héritiers.

Et le fonds sur lequel la servitude doit être établie, échoit, par le partage, à l'un d'eux.

Voilà une obligation indivisible, qui est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'un des héritiers du débiteur, par celui, dans le lot duquel se trouve le fonds affecté de la servitude, dont les conditions d'exercice restent à déterminer.

J'assigne donc cet héritier seul pour l'exécution totale de l'obligation.

Peut-il demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers?

Il le peut assurément, s'il ne demande qu'à les appeler en garantie, sans prétendre faire diviser la condamnation à laquelle le créancier conclut, contre lui, pour le tout, soit à fin d'exécution de l'obligation, soit, en cas d'inexécution, à des dommages-intérêts; il peut, disons-nous, appeler ses cohéritiers en garantie pour faire statuer par le même jugement sur son recours contre eux, à moins, ce qui arrivera le plus souvent, en cas pareil, qu'il n'ait été chargé, par l'acte de partage, de supporter sans recours l'établissement de la servitude sur le fonds qui lui est échu.

Mais, en tant qu'il prétendrait mettre ses cohéritiers en cause pour faire diviser la condamnation, il ne serait pas recevable;

Et cela même, sans distinguer s'il a été chargé ou s'il n'a pas été chargé par l'acte de partage de supporter l'établissement de la servitude.

Dans l'un comme dans l'autre cas, il devra être condamné seul envers le créancier, sauf à lui, s'il n'a pas été chargé de supporter la servitude, à exercer son recours contre ses cohéritiers.

Mais, dans ses rapports avec le créancier, le législateur a considéré qu'en un tel état des faits, puisque l'obligation était de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui, il était juridique et convenable qu'il répondît seul à la demande du créancier, pour l'exécution totale qu'il peut seul procurer, et par suite, pour la totalité des dommages-intérêts, en cas d'inexécution.

606. — Mais le créancier, lui! ne peut-il assigner que cet héritier?

Peut-il assigner aussi les autres?

Pourquoi pas?

Tous les héritiers du débiteur sont tenus envers lui de cette obligation. (Art. 1222-1223.)

La circonstance qu'ils ont mis, par l'acte de partage, dans un seul lot, la chose qui forme l'objet de l'obligation, ne saurait modifier le droit du créancier, ni produire la libération des autres héritiers, en concentrant l'obligation sur la tête d'un seul.

Ce partage est, en effet, pour le créancier, *res inter alios acta*.

C'est une faculté, que l'article 1225 lui accorde d'assigner, seul pour le tout, celui des héritiers qui peut acquitter la dette; ce n'est pas une nécessité qu'il lui impose.

Le créancier peut donc, dans ce cas, comme toujours, assigner aussi les autres héritiers; car il peut y avoir in-

térêt, afin d'obtenir une condamnation aux dommages-intérêts contre chacun d'eux pour sa part et portion. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 160 *bis*, III.)

607. — *c.* Reste le troisième cas, celui où la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les héritiers du débiteur conjointement. (*Supra*, n° 603.)

Nous pouvons conserver le même exemple, que nous venons de présenter, en supposant, cette fois, que le fonds, sur lequel Paul m'a concédé une servitude, dont les conditions d'exercice sont à régler, est encore indivis entre ses héritiers.

Voilà une obligation indivisible, qui est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les héritiers ensemble, puisque le fonds, étant indivis, la détermination de l'assiette et du mode d'exercice de la servitude, ne peut pas avoir lieu sans le consentement de tous les copropriétaires.

Eh bien! dans ce cas aussi, comme dans le premier cas, le créancier peut assigner l'un des héritiers, celui d'entre eux, qu'il lui convient de choisir. (Art. 1222-1223.)

Et alors, aussi, de deux choses l'une:

Si l'héritier assigné ne met pas en cause ses cohéritiers, il sera condamné seul, à l'exécution de l'obligation totale, et, en cas d'inexécution, à la totalité des dommages-intérêts; parce qu'il sera, en effet, réputé, dans ses rapports avec le créancier, en avoir fait seul son affaire, et s'être chargé de s'entendre avec ses cohéritiers, pour l'exécution de l'obligation;

Si l'héritier assigné met en cause ses cohéritiers, la condamnation devra être prononcée contre tous, pour l'exécution de l'obligation, et, à défaut d'exécution, pour les dommages-intérêts contre chacun d'eux, pour sa part.

608. — Mais voici que l'un des héritiers déclare qu'il est prêt, autant qu'il est en lui, à exécuter l'obligation.

L'autre héritier seul s'y refuse.

Celui qui consent, à l'exécution de l'obligation, doit-il être néanmoins aussi condamné aux dommages-intérêts pour sa part?

Non! répondait Pothier, d'après Dumoulin (Part. III, n° 95):

« .... Car celui qui offre, n'est pas en demeure.... » (N° 334.)

Telle est encore, généralement, la réponse des jurisconsultes modernes. (Comp. Marcadé, art. 1225, n° 11; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, n° 1201; Larombière, t. II, art. 1225.)

Ne pourrait-on pas, néanmoins, soulever contre cette doctrine une objection grave:

En effet, il ne suffit pas à celui qui est tenu d'une obligation, de déclarer qu'il est prêt à l'exécuter: il faut qu'il l'exécute! et, en cas d'inexécution, il doit les dommages-intérêts au créancier, lors même que cette inexécution lui aurait été impossible, si l'impossibilité ne provient pas d'un cas fortuit ou d'une force majeure. (Art. 1147, 1148; comp. le tome I de ce traité, n° 552.)

Or, le refus de ses cohéritiers ne saurait être assimilé à un cas fortuit et de force majeure; car l'inexécution de l'obligation ne provient pas d'une impossibilité absolue, qui serait la même pour tous; elle n'est, au contraire, que relative.

Supposez que les héritiers du débiteur soient tenus de faire obtenir au créancier une servitude sur le fonds d'un tiers.

Est-ce que le refus du propriétaire de ce fonds, de consentir à l'établissement de la servitude, aurait pour résultat de décharger les héritiers de leur obligation et de les soustraire à une condamnation à des dommages-intérêts envers le créancier?

Non, sans doute; lors même qu'ils auraient fait tout ce qui était en leur pouvoir pour obtenir son consentement.

Pourquoi n'en serait-il pas de même, en ce qui con-

cerne l'un des héritiers, du refus de son cohéritier? (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 160 *bis*, IV.)

Tout en reconnaissant ce qu'il y a de sérieux, en effet, dans cette objection, nous pensons qu'il a été dans l'intention des rédacteurs de notre Code de maintenir, sur ce point aussi, l'ancienne doctrine, et qu'ils ont considéré que, en règle générale, celui des débiteurs d'une obligation indivisible, qui est prêt, en ce qui le concerne, à exécuter cette obligation, ne doit pas répondre de la résistance de son cohéritier.

609. — La preuve en est, selon nous, dans les articles 1232 et 1233, qui consacrent, par exception, cette responsabilité réciproque des débiteurs conjoints d'une obligation indivisible, lorsque cette obligation est garantie par une clause pénale.

Nous verrons, en effet, bientôt, que, d'après l'ancienne doctrine, comme d'après la doctrine nouvelle, lorsqu'une clause pénale a été stipulée pour le cas d'inexécution de l'obligation, celui des héritiers qui déclare être prêt à l'exécuter, n'en doit pas moins être condamné, pour sa part, au payement de la peine, si son cohéritier refuse de l'exécuter. (Art. 1232; comp. Pothier, Larombière, *loc. supra cit.*)

Or, le motif sur lequel cette disposition est fondée, témoigne qu'elle est exceptionnelle et que la règle générale est différente (comp. *infra*, n° 700).

610. — Des explications, qui précèdent, nous pouvons déduire cette conclusion, que l'obligation indivisible perd son caractère, et ne produit plus les effets, qui lui sont propres, dès que, par un événement quelconque, une chose divisible se trouve substituée à la chose indivisible, qui en faisait l'objet.

Je vous ai chargé de prendre une inscription hypothécaire, ou d'exercer, pour moi, une faculté de rachat dans tel délai, qui est fatal.

Voilà une obligation indivisible, dont chacun de vos

héritiers, si vous veniez à mourir, quand elle peut encore être remplie, serait tenu pour le tout.

Mais vous avez laissé expirer le délai, sans requérir l'inscription ou sans exercer le réméré; de sorte que, par votre faute, j'ai perdu mon rang hypothécaire ou ma faculté de rachat.

Vous me devez donc des dommages-intérêts pour le dommage que l'inexécution de votre obligation me cause.

Et, en cet état des faits, vous mourez, laissant trois héritiers.

De quelle obligation maintenant ces héritiers sont-ils tenus?

D'une obligation de dommages-intérêts pécuniaires, et par conséquent, divisible.

Je ne pourrai donc poursuivre chacun d'eux que pour sa part.

Voilà les effets particuliers de l'obligation indivisible à l'égard des débiteurs.

611. — II. Supposons maintenant l'obligation indivisible, à l'égard des créanciers. (*Supra*, n° 594)

L'article 1224 en détermine ainsi les effets :

« Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible.

« Il ne peut seul faire la remise de la totalité de la dette; il ne peut recevoir seul le prix au lieu de la chose. Si l'un des héritiers a seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a reçu le prix. »

Tel est donc l'effet de l'obligation indivisible activement, que chaque héritier du créancier (ou chaque créancier conjoint) peut exiger du débiteur l'exécution totale de l'obligation.

« .... Ex quo quidem accidere Pomponius ait ut *stipulatoris : ... hæredes in solidum habeant actionem....* » (L. 2, § 2, ff. *de Verbor. obligat.*)

Rien de plus simple, puisque chacun des créanciers a le droit, en effet, d'exiger séparément, en ce qui le concerne, l'exécution de l'obligation dont le débiteur est tenu envers lui, et que cette exécution ne peut pas se faire partiellement. (Comp. Cass., 29 juin 1847, la compagnie de l'éclairage au gaz de Marseille, Dev., 1848-1-212).

612. — Voilà, dirons-nous encore, une créance simplement conjointe, dont chacun des créanciers, quoiqu'il n'ait droit qu'à sa part, peut néanmoins exiger le payement pour le tout. (*Supra*, n° 597.)

S'il en est ainsi dans la créance solidaire, c'est qu'il existe activement, entre les cocréanciers, une relation juridique de société ou de mandat, qui confère à chacun d'eux le pouvoir d'exiger le payement du total, au nom des autres; c'est que l'on peut dire des créanciers solidaires comme des débiteurs solidaires, qu'ils sont créanciers *totaliter*, et non pas seulement *in totum*.

Mais il n'y a rien de pareil dans la créance indivisible. Les créanciers n'ont pas stipulé les uns pour les autres; chacun a stipulé séparément pour soi ; et il n'existe, entre eux, aucune relation, qui les fasse réciproquement les représentants les uns des autres. Ils sont, eux! au contraire, créanciers seulement *in totum*, et non pas *totaliter*.

Et le droit, qui appartient à chacun des créanciers, d'exiger l'exécution totale de l'obligation, procède uniquement de la nécessité et de ce que cette exécution ne peut pas être partielle.

613. — Quoi qu'il en soit, et malgré cette différence, il est clair qu'il faut encore distinguer, dans la créance indivisible, comme nous l'avons fait, dans la dette indivisible (*supra*, n° 598), deux sortes de relations; à savoir :

Les relations des créanciers envers le débiteur.

Et, les relations des cocréanciers les uns envers les autres.

Car si, envers le débiteur, le créancier peut exiger l'exécution totale de l'obligation;

Il ne peut, envers ses cocréanciers, en conserver le bénéfice total, ni disposer non plus, de quelque manière que ce soit, du droit qui appartient à chacun d'eux dans la commune obligation.

614. — Et d'abord, chaque créancier peut exiger du débiteur l'execution de l'obligation pour le tout.

Et, par conséquent, il peut lui donner, pour le tout, une quittance, qui sera opposable aux autres créanciers, envers lesquels il sera libéré, asusi bien qu'envers celui auquel il a fait le payement total.

Paul a pris, envers Pierre, l'obligation de lui construire une maison, ou de lui faire obtenir, pour son fonds, une servitude de passage ou de puisage, sur le fonds de Jules.

Pierre meurt laissant quatre héritiers, avant que Paul ait exécuté cette obligation.

Eh bien! chacun des héritiers de Pierre, quoiqu'il ne représente son auteur que pour un quart, et ne soit dès lors créancier de Paul que pour un quart, peut exiger du débiteur qu'il construise la maison ou qu'il obtienne l'établissement de la servitude.

Et le débiteur, une fois libéré envers l'un par l'exécution de l'obligation, sera libéré de même envers les autres.

615. — Mais, ensuite, un règlement s'établira entre celui des héritiers, qui a obtenu l'exécution totale de l'obligation, et ses cohéritiers.

Et puisqu'il n'avait droit qu'à une part du profit, il devra faire compte à ses cohéritiers de la part qui en revient à chacun d'eux.

Le compte sera, le plus ordinairement, entre eux, l'un des éléments de l'opération du partage.

« .... *repetitionem habebit a cohærede familiæ erciscundæ judicio....* » (L. 2, § 11, ff. *de Verbor. obligat.*)

616. — Voilà le droit de chacun des créanciers, à savoir : d'exiger l'exécution totale de l'obligation.

Mais peut-il en faire remise au débiteur?

L'article 1224 s'y oppose ; et très-justement !

Car chacun d'eux n'est créancier que pour une part ; et il ne saurait disposer de la part des autres.

L'un des creanciers solidaires ne peut pas faire au débiteur commun la remise de la part de ses cocréanciers. (Art. 1198.)

A plus forte raison, cette remise doit-elle être interdite à l'un des créanciers d'une obligation indivisible, qui ne représente pas les autres créanciers ! (Comp. Pothier, n° 328)

617. — C'est par le même motif que l'un des créanciers ne peut pas *recevoir seul le prix au lieu de la chose.* (Art. 1224.)

Il y aurait, de cette défense, que lui fait notre texte, une raison spéciale; car, à supposer que le créancier d'une obligation indivisible pût faire novation de la créance commune, de manière à l'éteindre, même à l'égard de ses cocréanciers, il ne pourrait pas recevoir pour le tout, la nouvelle créance qu'il y aurait substituée, si cette nouvelle créance était divisible.

Mais ce n'est pas sur ce motif particulier, qu'est fondée la disposition de l'article 1224, qui lui défend de recevoir le prix de la chose.

Elle est fondée sur un motif général, à savoir : que l'un des créanciers, qui peut bien exiger, pour le tout, l'exécution de l'obligation, et en donner valablement quittance au débiteur, ne peut pas, au contraire, recevoir *aliud pro alio*, ni disposer, de quelque manière que ce soit, de la créance commune.

618. — Supposons pourtant qu'il a fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire.

Il a seul remis toute la dette !

Il a seul reçu le prix de toute la chose !

Eh bien ! il en sera comme s'il n'avait fait remise que de sa part ou s'il n'avait reçu que le prix de sa part.

Mais cette part, comment la déterminer, puisque, précisément, la chose n'est point susceptible de prestations partielles!

L'objection peut paraître embarrassante; si bien que Paul rappelle que, en droit romain, quelques-uns avaient pensé que, dans un cas pareil, l'obligation s'eteignait.

« .... *quidam putant extingui stipulationem....* »

A quoi il répondait, fort justement sans doute, que la difficulté de l'exécution ne doit pas rendre l'obligation inutile :

« .... *sed non facit inutilem stipulationem difficultas præstationis.* » (L. 2, § 11, ff. *de Verbor. obligat.*)

Cette difficulté néanmoins est véritable.

Comment en sortir?

Déduire *en nature* la part du cohéritier, qui a fait la remise ou reçu le prix de la chose, c'est bien impossible! puisque la chose n'est pas susceptible d'être partagée.

Il faut donc déduire cette part, *en équivalent, en argent.*

Et il n'y a pas d'autre moyen que d'estimer la chose qui fait l'objet de l'obligation, pour faire ensuite des parts dans le montant de cette estimation.

Ainsi Paul s'est obligé, envers Pierre, à lui construire une maison sur son fonds.

Pierre décède, avant l'accomplissement de cette obligation, laissant deux héritiers.

Et l'un des héritiers a fait à Paul, remise de sa part.

On estimera ce que peut valoir, au profit des deux héritiers, l'obligation contractée par Paul envers leur auteur, de construire la maison; et si, par exemple, cette estimation est de 30 000 fr., la part de chacun d'eux représentera 15 000 fr.

619. — Mais alors une autre difficulté peut s'élever sur le règlement, qui est à faire entre le débiteur de cette

obligation indivisible et l'autre héritier, qui en est resté créancier ?

Le débiteur peut-il, en lui offrant l'autre moitié de l'estimation, 15 000 fr., dans notre hypothèse, refuser d'exécuter l'obligation ?

Ou, au contraire, l'autre héritier peut-il, en offrant au débiteur la moitié de l'estimation, qui représente la part de son cohéritier, exiger de lui l'exécution de l'obligation ?

En un mot, à qui le choix ?

C'est ainsi que Dumoulin posait la question (Part. III, n° 189) :

« .... *cujus est electio?...* »

Et il n'hésitait pas à la résoudre en ce sens que c'est l'héritier, demeuré créancier, qui a le droit d'exiger du débiteur l'exécution de l'obligation, en lui payant le prix de la part de son cohéritier.

Il est évident, en effet, que ni son cohéritier, ni le débiteur, n'ont pu lui enlever le droit qui lui appartient.

Or, le droit, qui lui appartient, c'est de demander l'exécution de l'obligation !

Telle était aussi la doctrine de Pothier :

« .... Cet héritier, disait-il, est créancier de la chose même ; et son cohéritier, en faisant remise de son droit, n'a pu préjudicier à celui de cet héritier. » (N° 328.)

Et voilà comment notre Code, adoptant cette doctrine, dispose que :

« .... Le cohéritier ne peut demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a reçu le prix. »

Donc, en tenant compte de cette portion au débiteur, il peut lui demander la chose indivisible, qui fait l'objet de l'obligation.

620. — Est-il même vrai de dire, dans tous les cas, que le cohéritier ne peut demander la chose, qu'en tenant compte de la portion de son cohéritier, qui a fait la remise?

Qu'il en soit tenu, lorsqu'il profite de cette portion, qui accroît à la sienne, rien de plus juridique.

Mais supposons qu'il n'en profite pas.

Paul s'est obligé à établir sur son fonds, une servitude de passage au profit du fonds de Pierre.

Et Pierre meurt, avant l'établissement de cette servitude, laissant trois héritiers.

L'un d'eux fait remise de son droit à Paul.

Est-ce que les deux autres, pour demander l'établissement de la servitude de passage, seront obligés de lui payer un prix comme représentant la portion de leur cohéritier?

Le texte de l'article 1224 est général; et on pourrait, peut-être, soutenir qu'il ne comporte pas exception.

Tel n'est point pourtant notre avis.

Le motif essentiel de l'article 1224 est que le cohétier ne doit pas profiter, aux dépens du débiteur, de la remise qui a été faite à celui-ci;

Or, dans notre hypothèse, le cohéritier, qui demande la chose, ne profite pas de cette remise; le passage, qu'il réclame, ne sera, en effet, pas autre pour lui, ni meilleur, après la remise qu'il n'eût été avant.

Donc, la cause de l'obligation que l'on veut lui imposer, fait défaut; et le payement auquel on prétend le contraindre, serait, en effet, un payement sans cause!

Quant à la généralité du texte de l'article 1224, notre savant collègue, M. Colmet de Santerre y a fait cette réponse ingénieuse et vraie, à laquelle nous nous associons, que cet article parle d'un compte à tenir; et qu'un compte peut aussi bien avoir un résultat représenté par un zéro, qu'un résultat représenté par une quantité positive. (T. V, n° 159 *bis*, III; comp. Mourlon, qui cite en ce sens Valette, *Répét. écrit.*, t. II, n° 1287.)

621. — La doctrine que nous venons d'exposer, est applicable à l'hypothèse, dans laquelle nous sommes toujours, jusqu'à présent, resté, où c'est par le fait de

l'un des créanciers que l'obligation indivisible s'est transformée.

Mais il ne faut pas l'appliquer à l'hypothèse, toute différente, où cette transformation s'est operée indépendamment du fait de l'un des créanciers, lorsque l'obligation, d'indivisible qu'elle était à l'égard de tous, est, au contraire, devenue, à l'égard de tous, divsible!

Nous voulons parler du cas où le débiteur, à défaut d'exécution de l'obligation, a été condamné à payer des dommages-intérêts.

L'obligation, dont il est dès lors tenu, ayant pour objet une chose divisible, se divise, en effet, entre les créanciers; et chacun d'eux ne peut plus lui demander que sa part.

C'est la règle, que nous avons posée, en ce qui concerne l'indivisibilité à l'égard des débiteurs, et qui est aussi vraie, en ce qui concerne l'indivisibilité, à l'égard des créanciers. (Comp. *supra*, n° 610.)

622. — III. Restent les effets communs à l'obligation indivisible du côté des débiteurs, et à l'obligation indivisible du côté des créanciers. (*Supra*, n° 594.)

Nous voulons en exposer deux :

L'un, relatif à la prescription;

L'autre, relatif à la chose jugée.

623. — *a*. Quel est, en ce qui concerne la prescription, l'effet de l'obligation indivisible?

La réponse à cette première question est écrite dans les textes.

1. Passivement, l'interruption, opérée contre l'un des héritiers du débiteur, conserve intégralement le droit du créancier, contre les autres.

Telle est la disposition de l'article 2249, second alinéa, d'après lequel :

« L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire, ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription, à l'égard des autres cohé-

ritiers, quand même la créance serait hypothécaire, *si l'obligation n'est indivisible.* » (Comp. Cass., 22 juill. 1835, Champigny, D., 1836, I, 119; Cass., 17 mai 1841, de Galifet, Dev., 1841, I, 594; Merlin, *Répert.*, v° *Interrupt. de Prescription;* Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 637; Leroux de Bretagne, *Nouveau Traité de la Prescription*, t. I, n° 275.)

624. — II. Activement, l'interruption de la prescription, opérée par l'un des héritiers du créancier, et la suspension de prescription établie en faveur de l'un d'eux, profitent à tous les autres.

C'est le sens de la maxime :

« *Minor relevat majorem in individuis.* »

Telle est la disposition de l'article 709, d'après lequel :

« Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie, appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous. »

Et de l'article 710, d'après lequel :

« Si, parmi les copropriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres. »

Il est vrai que ces dispositions ne s'appliquent, textuellement, qu'à la matière des servitudes.

Mais pourquoi cette application, si ce n'est parce que les servitudes sont indivisibles?

Cela est d'évidence!

Aussi, faut-il les considérer comme des conséquences d'un principe général, qui doivent s'étendre à tous les cas d'indivisibilité. (Comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, n°s 775 et 996; Cass., 14 août 1840, de Laqueuille, Dev., 1840, I, 753; Pothier, n°s 682 et 998; Merlin, *Répert.*, v° *Prescription*, sect. I, § 7, *Quest.* 2, n° 10; et *Quest. de Droit*, § 14; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. VII, n° 3127; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 39.)

625. — Voilà donc une double règle, qui est cer-

taine, d'après nos textes, soit à l'égard des héritiers du débiteur, soit à l'égard des héritiers du créancier.

Mais, philosophiquement, quelle explication faut-il en donner?

Devons-nous dire qu'elle est conforme aux principes?

L'un des principes les plus anciens et les plus vrais en cette matière, c'est que l'interruption de la prescription n'opère pas d'une personne à une autre personne.

« *A persona ad personam non fit interruptio activè nec passivè,* » disait d'Argentré (sur la cout. de Bretagne, art. 206, *des Interruptions*, chap. III, n° 19).

Pourquoi donc ce principe n'est-il pas applicable, activement et passivement, en effet, dans les obligations indivisibles, soit à l'égard des héritiers du créancier, soit à l'égard des héritiers du débiteur?

Est-ce qu'il existe, entre eux, une relation juridique quelconque, de mandat ou de société, par suite de laquelle ils seraient les représentants les uns des autres, et qui autoriserait à considérer l'interruption opérée par l'un d'eux ou contre l'un d'eux, comme opérée par tous les autres ou contre tous les autres?

Nullement! et nous avons, au contraire, remarqué la différence capitale, qui distingue, sous ce rapport, l'obligation indivisible d'avec l'obligation solidaire (*supra*, n°s 597 et 613).

Aussi, n'est-ce pas à ce point de vue, qu'il faut se placer, quand on veut entreprendre d'expliquer l'exception qui nous occupe; exception aussi ancienne d'ailleurs que le principe!

Ce qu'il faut dire, et ce que l'on a toujours dit, c'est que le motif en est, non pas dans les personnes, mais dans les choses; et c'est, en effet, de ce que les choses qui font l'objet des obligations indivisibles, ne peuvent pas être prestées partiellement, que l'on a conclu qu'elles ne peuvent pas non plus être partiellement prescrites. (Comp. Dunod, *des Prescriptions*, p. 59; Pothier, n° 663; Merlin,

Répert., v° *Interruption de prescription*, n° 14; Leroux de Bretagne, *supra cit.* n° 574.)

C'est ainsi que dans notre droit moderne, d'éminents jurisconsultes ont écrit que : « on ne comprendrait pas une suspension ou une interruption partielle de la prescription dans une créance indivisible. » (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. III, p. 39.)

Mais pourquoi donc pas?

Nous venons de reconnaître que l'indivisibilité de l'obligation, activement ou passivement, ne fait nul obstacle:

Soit à ce que l'un des créanciers perde son droit contre le débiteur; tandis que les autres créanciers conservent le leur;

Soit à ce que l'un des débiteurs soit libéré envers le créancier; tandis que les autres débiteurs demeurent obligés.

Voilà ce qui arrive, lorsque l'un des créanciers a fait remise de sa part au débiteur, ou lorsque le créancier a fait remise de sa part à l'un des débiteurs (*supra*, n° 6ı8).

Or, rien ne s'opposait, suivant nous, à ce que l'on appliquât le même principe au cas de prescription.

Ce n'est pas que nous entendions comparer la prescription à une remise tacite.

Mais, quelle que soit la base sur laquelle on veuille fonder scientifiquement la prescription, et à ne s'attacher qu'au résultat qu'elle produit, nous croyons que ce résultat pouvait être parfaitement appliqué aux obligations indivisibles.

Sans doute, l'obligation, conservée activement au profit de l'un des créanciers, doit être conservée à son profit pour le tout;

De même que l'obligation, conservée passivement contre l'un des débiteurs, doit être conservée, pour le tout, contre lui;

Puisque l'obligation, passivement ou activement, étant indivisible, ne peut être exécutée que pour le tout.

Mais on pouvait, en maintenant son caractère indivisible, appliquer néanmoins l'effet partiel de l'interruption de la prescription.

Il suffisait de donner ici une solution semblable à celle que la loi a donnée au cas de remise consentie par l'un des créanciers ; on pouvait admettre la conservation de la créance pour le tout au profit du créancier, qui aurait interrompu la prescription ou qui bénéficierait d'une cause de suspension, mais en imposant à ce créancier la nécessité d'indemniser le débiteur de la valeur des droits perdus par prescription ; de même un seul débiteur ayant été interpellé, pouvait être actionné pour le tout, à charge, par le créancier, de tenir compte des parts que les débiteurs libérés par prescription, auraient supportées dans la dette, s'ils étaient restés obligés. (Colmet de Santerre, t. V, n° 161 *bis*, I.)

Telle est, en effet, la solution qui nous aurait paru la plus conforme aux principes et que le législateur aurait pu, suivant nous, consacrer.

626. — Quoi qu'il en soit, ce qu'il aurait pu faire, il ne l'a pas fait.

Et les textes sont formels en sens contraire.

Il faut donc se soumettre !

Aussi, n'hésitons-nous pas à déclarer inadmissible la doctrine de Duranton, qui enseigne que l'article 2249 s'applique seulement aux obligations indivisibles *natura*, dont l'article 1217 s'occupe, et non pas aux obligations indivisibles *obligatione*, dont s'occupe l'article 1218 (t. XI, n° 267).

L'article 2249 est général ; il comprend toute obligation indivisible ;

Or, les obligations dont s'occupe l'article 1218 sont tout autant indivisibles que les obligations, dont s'occupe l'article 1217. (Comp. *supra*, n° 582.)

627. — Bien plus!

Nous avons pensé que l'article 2249 doit être appliqué aux obligations indivisibles *solutione tantum*, dont il est question dans l'article 1221. (*Supra*, n° 593.)

Et nous persistons à le penser ainsi, quoique cette seconde application soit, nous en convenons, plus délicate que celle qui concerne l'article 1218, qui ne nous paraît, au contraire, devoir présenter aucun doute, malgré le dissentiment isolé de Duranton.

628. — *b*. Quel est, en matière d'obligations indivisibles, l'effet de la chose jugée :

Soit entre l'un des créanciers seulement et le débiteur;

Soit entre l'un des débiteurs seulement et le créancier?

Question délicate, et qui soulève, dans le cas d'indivisibilité, les mêmes controverses, que nous avons eu à résoudre dans le cas de solidarité.

Trois opinions sont, en effet, encore en présence :

a. La première opinion enseigne que la décision judiciaire rendue entre l'un des créanciers et le débiteur, ou entre l'un des débiteurs et le créancier, doit avoir l'autorité de la chose à l'égard des autres créanciers ou à l'égard des autres débiteurs, soit que le créancier ou le débiteur, qui était seul en cause, ait gagné, soit qu'il ait perdu.

Son motif est qu'il y a, dans ce cas, identité de chose et identité de personnes :

Eadem res; car c'est pour tous, en effet, la même chose, une et indivisible;

Eædem personnæ; car le créancier qui était en cause, a représenté ses cocréanciers; de même que le débiteur qui était en cause, a représenté ses codebiteurs. (Comp. Toullier, t. X, n° 206-207; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1297; Pardessus, *Traité des Servitudes*, t. II, n° 334; Larombière, t. II, art. 1225, nos 11-12.)

629. — II. D'après la seconde opinion, il faut distinguer :

Le créancier ou le débiteur, qui était en cause, a-t-il gagné?

La décision judiciaire rendue pour lui, profite aux autres créanciers ou aux autres débiteurs?

A-t-il perdu?

La décision judiciaire rendue contre lui, ne leur nuit pas.

Son motif est que chacun des créanciers ou chacun des débiteurs peut bien être considéré comme le mandataire des autres créanciers ou des autres débiteurs, pour rendre leur condition meilleure; mais qu'il ne peut pas être considéré comme leur mandataire, pour rendre leur condition plus mauvaise. (Comp. l. 4, § 3, ff. *Si servitus vindicetur;* Cass., 19 déc., 1832, Dev., 1833, t. I, p. 473; Cass., 15 janv. 1839, Constant, Dev., 1839, t. I, p. 97; Duranton, t. XIII, n° 528; Marcadé, art. 1351, n° 13; Bonnier, *Traité des Preuves*, n° 702; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 489-490; Rodière, n° 370.)

650. — III. Enfin, la troisième opinion, diamétralement opposée à la première, soutient que la décision rendue entre l'un des créanciers et le débiteur, ou entre l'un des débiteurs et le créancier, ne doit pas avoir l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres créanciers, ou à l'égard des autres débiteurs, soit que le créancier ou le débiteur, qui était seul en cause, ait perdu, soit qu'il ait gagné. (Comp. Bugnet, sur Pothier, n° 908; Colmet de Santerre, t. V, n°s 328 *bis*, XXVI et XXVIII; Griolet, *de l'Autorité de la chose jugée*, p. 166-167.)

651. — Nous avions été porté d'abord à adopter le second système. (Comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 960.)

Mais après un examen plus approfondi de cette matière, c'est le troisième système que nous croyons devoir proposer :

Est-ce qu'il est possible, en effet, de prétendre, avec la première opinion, que, dans une instance relative à

une obligation indivisible, les créanciers ou les débiteurs se représentent réciproquement d'une manière absolue, soit pour gagner, soit pour perdre?

Mais où donc est leur mandat? et d'où procède-t-il?

Ce qui est vrai, au contraire, c'est qu'il n'existe entre eux, ni activement, ni passivement, aucune relation juridique qui les autorise à plaider l'un pour l'autre.

Et nous avons même insisté sur ce point que chacun d'eux, activement, n'est créancier que pour soi et pour sa part, parce qu'il n'a stipulé que pour soi;

De même que chacun d'eux n'est, passivement, débiteur que pour soi, parce qu'il ne s'est obligé que pour soi et pour sa part.

Oui! pour sa part seulement dans la chose commune, où il n'a, malgré l'indivisibilité de cette chose, qu'un droit partiel, qui peut être perdu, en effet, ou conservé pour lui, sans être perdu ni conservé pour les autres.

Donc, on ne saurait trouver ici ni l'identité des personnes, ni l'identité de la chose.

Aussi, Pothier finit-il par le reconnaître.

Car, après avoir enseigné que :

« Le jugement rendu sur la demande que l'un des créanciers a faite de la chose indivisible, a eu pour objet la même chose que la demande qu'en feraient les autres.... *eadem res;*... et que l'indivisibilité de leur droit avec le sien les fait regarder comme étant la même partie... »

Il ajoute :

« Suivant nos usages, le jugement rendu contre un ou plusieurs créanciers ou copropriétaires d'un droit indivisible peut, à la vérité, être opposé aux autres; mais, sans qu'il soit besoin d'alléguer la collusion, ils peuvent en interjeter appel, quoique celui contre lequel il a été rendu, y ait acquiescé; et si c'est un jugement en dernier ressort, ils peuvent former opposition en tiers. » (N° 908.)

Mais ces deux solutions sont-elles bien conciliables?

Ce qui en résulte, en effet, c'est que Pothier lui-même conclut finalement que la chose jugée contre l'un des créanciers ou contre l'un des débiteurs ne peut pas nuire aux autres créanciers ou aux autres débiteurs.

632. — C'est bien là aussi ce que la seconde opinion reconnaît.

Mais elle prétend que, si le jugement contraire ne peut pas leur nuire, le jugement favorable peut leur profiter.

Cette doctrine intermédiaire ne nous paraît pas non plus admissible; nous avons entrepris déjà de la combattre; et il suffit de nous référer aux arguments que nous avons employés.

Notre avis est que l'on doit rejeter, dans tous les cas, *le mandat restreint*.

« Il n'est pas possible, dit M. Griolet, qu'une personne ait été ou n'ait pas été mandataire, suivant l'issue du procès. Il faut que, au moment où l'instance s'engage, le mandat, en vertu duquel elle serait obligée, existe; et s'il existe alors, il ne peut pas ne pas avoir existé. » (*De l'Autorité de la chose jugée*, p. 158.)

633. — Ces arguments, par lesquels nous venons d'écarter (c'est du moins notre espoir) le premier et le second système, laissent la place au troisième système que nous proposons, et qui se trouve ainsi justifié.

Une objection reste encore pourtant.

De quelle manière vont s'exécuter ces deux décisions judiciaires contradictoires :

Si l'un des créanciers a gagné contre le débiteur, et que l'autre créancier ait perdu;

Ou si l'un des débiteurs a gagné contre le créancier, et que l'autre débiteur ait perdu ?

Mais la réponse nous paraît facile.

Et c'est l'article 1225 qui va nous la fournir.

Le créancier, qui a gagné contre le débiteur, tiendra compte à celui-ci de la part du créancier qui a perdu;

Et de même le débiteur, qui a perdu contre le créan-

cier, se fera tenir compte, par celui-ci, de la part du débiteur qui a gagné.

Voilà ce que décide l'article 1225 pour le cas où l'un des créanciers a perdu son droit dans la chose indivisible; tandis que l'autre créancier a conservé le sien.

Or, la situation que nous avons à résoudre, est tout à fait semblable à celle que le texte a résolue;

Donc, il faut y appliquer la même solution.

SECTION VI.

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSES PÉNALES.

SOMMAIRE.

632. — Division.

634. — Nous avons à examiner, sur cette dernière espèce d'obligation, les trois points que voici :

A. — Quels sont les caractères distinctifs de l'obligation avec clause pénale;

B. — Quels sont ses effets?

C. — Dans quels cas et de quelle manière la clause pénale peut-elle être encourue?

A. — *Des caractères distinctifs de la clause pénale.*

SOMMAIRE.

635. — Définition de la clause pénale. — Explication.

636. — La clause pénale peut être stipulée, non-seulement pour le cas d'inexécution de l'obligation principale, mais aussi pour le retard dans l'exécution.

637. — La clause pénale est une obligation secondaire et accessoire, qui implique nécessairement l'existence d'une obligation primitive et principale. — Explication.

638. — La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

639. — Suite. — Exceptions :

640. — I. Du cas où la nullité de l'obligation principale résulte du défaut de lien.

641. — Suite.

642. — II. Du cas où l'obligation principale, malgré la nullité qui la

vicie, est néanmoins de nature à donner naissance à une obligation de dommages-intérêts.
643. — La clause pénale, qui a le plus souvent pour objet une somme d'argent, peut aussi avoir pour objet une chose quelconque, un fait, ou une abstention.
644. — Il importe de ne pas confondre la clause pénale avec certaines espèces d'obligations, qui semblent, à première vue, s'en rapprocher par quelques rapports de ressemblance.
645. — Suite. — Comparaison de la clause pénale avec l'obligation alternative.
646. — Comparaison de la clause pénale avec l'obligation facultative.
647. — Suite.
648. — Comparaison de la clause pénale avec l'obligation contractée sous la condition d'un fait dépendant de la volonté du débiteur.
649. — La nullité de la clause pénale n'entraîne point celle de l'obligation principale.

635. — Aux termes de l'article 1226 :

« La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose, en cas d'inexécution. »

Et l'article 1229 ajoute :

« La clause pénale est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.... »

La définition, que ces textes fournissent, présente, fort exactement, le caractère de l'espèce de convention, que l'on appelle *obligation avec clause pénale,* ou, plus brièvement, *clause pénale*, et quelquefois aussi, comme faisait Pothier, *obligations pénales* (nos 338 et suiv.).

Cette clause a, en effet, pour double but :

Soit d'assurer l'exécution de l'obligation principale, dont elle resserre le lien, en y ajoutant une sanction;

Soit de déterminer d'avance, par l'accord volontaire des parties, le montant des dommages-intérêts, qui seront dus par le débiteur au créancier, en cas d'inexécution.

Or, c'est là un précieux avantage.

Nous avons remarqué combien est presque toujours difficile l'appréciation de la perte que le créancier a pu éprouver, et du gain qu'il a pu manquer de faire, par

suite de l'inexécution de l'obligation. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 605.)

Aussi, annoncions-nous, dès lors, qu'il convient, dans l'intérêt des parties, de substituer d'avance, à forfait, à l'arbitraire inséparable de l'évaluation judiciaire, une évaluation conventionnelle, qui leur épargne en même temps les lenteurs et les frais d'un procès.

« *In hujus modi stipulationibus, quæ quanti res est promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere.* » (*Inst. de verbor. obligat.*, § 7.)

Voilà ce que fait la clause pénale.

636. — Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement pour le cas d'inexécution de l'obligation principale, que la clause pénale peut être stipulée.

C'est aussi pour le cas de retard dans l'exécution. (Comp. art. 1229, second alinéa.)

Le retard dans l'exécution est, en effet, sous un certain rapport, une inexécution de l'obligation.

Et on peut dire que la peine stipulée pour le cas de retard, est, elle-même, stipulée pour le cas d'inexécution.

En effet, la clause pénale est la représentation des dommages-intérêts, que le débiteur peut devoir au créancier.

Or, le débiteur peut devoir au créancier deux sortes de dommages-intérêts : les uns, pour inexécution de l'obligation, et que l'on appelle *compensatoires;* les autres, pour le retard dans l'exécution, et que l'on appelle *moratoires* (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 656).

Il est donc naturel et logique que la clause pénale puisse également déterminer d'avance les uns et les autres.

637. — De ce que nous venons de dire, il résulte que la clause pénale est une obligation secondaire et accessoire, qui implique nécessairement l'existence d'une obligation primitive et principale, à laquelle elle est subor-

donnée, et dont elle a pour but seulement d'assurer l'exécution.

Il ne s'agit pas, pour les parties, qui stipulent une clause pénale, de diminuer ni d'augmenter l'obligation principale, ni de la remplacer par une autre obligation.

Il s'agit d'y ajouter une sanction que le débiteur devra encourir, à titre de peine, en effet, s'il n'exécute pas l'obligation principale comme il a promis de l'exécuter.

Telle est la vraie nature de la clause pénale, et son trait essentiellement distinctif.

Ce rôle d'obligation accessoire et secondaire qui est le sien, par rapport à l'obligation primitive et principale, donne, pour ainsi dire, la clef de presque toutes les règles que la loi a édictées sur cette matière.

638. — Voilà comment, d'après l'article 1227 :

« La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

« La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale. »

Il n'y a pas d'accessoire sans principal !

Et il est tout simple que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

Est-ce que l'on peut *assurer l'exécution* d'une obligation, dont la loi autorise le débiteur à demander la nullité !

Et que signifierait cette détermination faite d'avance des dommages-intérêts, pour cause d'inexécution de l'obligation, contre un prétendu débiteur, qui ne peut pas être contraint de l'exécuter, et qui, en l'absence de clause pénale, ne devrait aucuns dommages-intérêts !

Ainsi, supposons que la convention, à laquelle une clause pénale a été ajoutée, manque de l'une des conditions requises par l'article 1108, pour sa validité ; de sorte que l'obligation principale est nulle :

Soit pour incapacité;

Soit pour vices du consentement, erreur, violence ou dol ;

Soit pour défaut d'objet ;

Soit pour défaut de cause ou pour cause illicite. (Art. 1109 et suiv.)

Il n'est pas douteux que cette nullité de l'obligation principale entraînera celle de la clause pénale. (Comp. Cass., 4 janv. 1853, Paturet, Dev., 1853, I, 111.)

639. — Ce n'est pas sans dessein que, pour expliquer la disposition du premier alinéa de l'article 1227, nous nous réferons à la disposition de l'article 1108, qui détermine les conditions essentielles pour la validité d'une obligation conventionnelle.

Car c'est, en effet, à l'article 1108 que l'article 1227 lui-même se refère.

Et, malgré la généralité des termes de ce dernier texte, il est possible, au contraire, que malgré la nullité de l'obligation principale considérée en soi, la clause pénale soit valable.

Cela peut arriver, notamment dans deux cas, à savoir :

I. Lorsque la nullité de l'obligation principale provient seulement du défaut de lien ;

II. Lorsque, malgré la nullité de l'obligation principale, le débiteur peut néanmoins encourir, envers le créancier, une condamnation à des dommages-intérêts.

640. — I. Je vous ai promis le fait de Pierre, par exemple, que celui-ci entreprendra, pour vous, un voyage.

Voilà une promesse qui ne m'oblige pas.

« .... *Si quis alium daturum facturum ve quid spoponderit, non obligabitur....* » (*Instit. de inutil. stipul.*, § 3.)

Telle est la règle posée par l'article 1119.

Mais j'ai ajouté que, si Paul n'entreprend pas pour vous ce voyage, je vous payerai une somme de 1000 fr.

Mon obligation, qui était nulle, va devenir valable.

Pourquoi ?

Parce que la nullité résultait d'un vice, auquel la clause pénale apporte un remède topique.

La nullité résultait de ce que vous n'aviez pas d'action contre moi, puisque je ne m'étais pas obligé moi-même;

En conséquence, elle est effacée par cette clause, dont le vrai sens est que je m'oblige moi-même et que je me porte fort pour Paul, qu'il fera, dans votre intérêt, ce que je promets en mon nom, qu'il fera!

Mon obligation, inutile d'abord, devient utile, par cette clause pénale, qui fait plus alors que d'en resserrer le lien, puisqu'elle le crée et le constitue. (Comp. Cass., 14 juill. 1869, Watel, Dev., 1869, I, 411; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 375; Aubry et Rau, t. III, p. 48; Larombière, t. II, art. 1174, n° 11.)

641. — Ce que nous disons de la promesse pour autrui, est également vrai de la stipulation.

Je stipule de Paul, architecte, qu'il réparera votre maison.

Voilà une stipulation qui n'oblige pas Paul envers moi.

«.... *Alteri stipulari nemo potest...*» (Inst. *loc. supra cit.*)

C'est aussi la règle corrélative de notre article 1119.

Mais j'ai ajouté que, si Paul ne répare pas votre maison, il me payera une somme de 1000 francs.

Ma stipulation qui était nulle, va devenir valable.

Pourquoi?

Parce que le vice, qui en produisait la nullité, est encore ici purgé par un remède très-topique, c'est-à-dire par une sanction, qui en me donnant un intérêt à agir en justice contre Paul, en cas d'inexécution, me donne par cela même une action!

« .... *Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas stipulationis....* » (Inst. *loc. supra*, § 10.)

Ce sont là les conséquences des principes que nous avons déjà posés sur le caractère des promesses et des

stipulations pour autrui. (Comp. le tome I de ce *Traité*, nos 217 et 233; Pothier, nos 339 et 340; Merlin, *Répert.*, v° *Peine contractuelle;* Delvincourt, t. II, p. 518; Toullier, t. III, n° 814; Duranton, t. XI, n° 330.)

642. — II. Pareillement, avons-nous dit, la clause pénale sera valable, quoique l'obligation principale soit nulle, si cette obligation, malgré la nullité qui la vicie, est néanmoins de nature à donner naissance à une obligation de dommages-intérêts. (*Supra*, n° 639.)

Ainsi, aux termes de l'article 1599 :

« La vente de chose d'autrui est nulle; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. »

Or, la clause pénale est la représentation des dommages-intérêts, qui peuvent être dus par l'une des parties à l'autre; elle n'est, entre elles, que la détermination qu'elles en font d'avance, à forfait;

Il est donc évident qu'elle peut être valablement stipulée, lorsque l'obligation principale, quoique nulle, peut donner naissance à une obligation subsidiaire de dommages-intérêts. (Comp. Cass., 17 mars 1825, Sirey, 1826, I, 15; Duranton, t. XI, n° 328; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 229; Troplong, *de la Vente*, n° 330; Sebire et Carteret, *Encyclop. du Droit*, v° *clause pénale*, nos 16-17; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 74; Colmet de Santerre, t. V, n° 163 *bis*, III; Larombière, t. III, art. 1227, n° 6.)

643. — La clause pénale a le plus souvent pour objet une somme d'argent, que le débiteur s'oblige à payer au créancier, en cas d'inexécution de l'obligation principale, quel que soit d'ailleurs l'objet de cette obligation, *une chose, un fait, ou une abstention.*

Et cela se conçoit, puisqu'elle tient lieu des dommages-intérêts, qui ont pour objet, une somme d'argent.

Il est clair pourtant que rien ne s'oppose à ce que l'obligation avec clause pénale ait elle-même pour objet

une chose, *un fait* ou *une abstention*, puisque tout dépend de la convention des parties, qui peuvent déterminer elles-mêmes, comme elles jugent à propos, quel en sera l'objet.

C'est bien aussi ce qu'implique la généralité de l'article 1226, qui définit la clause pénale, celle par laquelle une personne s'engage *à quelque chose*, en cas d'inexécution de l'obligation qu'elle contracte. (Comp. Duranton, t. XI, n° 318.)

644. — Les explications, que nous venons de présenter sur l'obligation avec clause pénale, ont, par avance, fait ressortir les différences, qui la séparent de certaines obligations, dont elle semble, à première vue, se rapprocher par quelques rapports de ressemblance, et avec lesquelles il importe, pourtant, beaucoup de ne la point confondre.

Nous voulons parler :

De l'obligation alternative;

De l'obligation facultative ;

Et de l'obligation conditionnelle, lorsqu'il s'agit de la condition d'un fait dépendant de la volonté du débiteur.

645. — L'obligation alternative a pour objet deux choses, qui y sont comprises, toutes deux, également et principalement.... *æque ac principaliter*.

L'obligation avec clause pénale n'a pour objet qu'une chose, qui y est seule comprise principalement.

La chose, qui fait l'objet de la clause pénale, n'y est comprise que subsidiairement, comme formant l'objet d'une obligation accessoire et éventuelle, qui ne peut recevoir d'exécution, que dans le cas où l'obligation principale, qu'elle garantit, ne sera pas exécutée.

Que l'une des choses comprises dans l'obligation alternative, vienne à périr par cas fortuit !

L'obligation subsiste sur l'autre chose.

Mais, au contraire, l'obligation avec clause pénale, s'é-

teint complétement, par la perte fortuite de la chose, qui faisait seule l'objet de l'obligation principale. (Comp. *supra*, n° 33.)

646. — Dans l'obligation facultative, il n'y a, il est vrai, comme dans l'obligation avec clause pénale, qu'une seule chose.

Et la perte, par cas fortuit, de cette chose, éteint l'obligation, lors même que la chose qui était *in facultate solutionis*, continue de subsister; comme elle éteint l'obligation avec clause pénale, lors même que la chose, qui en était l'objet, continue aussi de subsister.

Il est vrai ; et, à ce point de vue sans doute, ces deux espèces d'obligations présentent quelques rapports d'affinité.

Mais voici la différence qui les distingue :

C'est que le débiteur d'une obligation facultative peut, si bon lui semble, livrer au créancier, au lieu de la chose, qui en fait seule l'objet, l'autre chose, qu'il a la faculté de donner en payement;

Tandis qu'il n'est pas loisible au débiteur d'une obligation avec clause pénale, d'offrir au créancier le montant de cette clause, pour se soustraire à l'exécution de l'obligation principale, que le créancier a toujours le droit d'exiger de lui. (Art. 1228; comp. *supra*, n°s 30-32.)

647. — C'est dans les termes de la convention et dans les circonstances du fait, qu'il faut chercher à découvrir, en cas de doute, le vrai caractère de l'obligation que les parties ont entendu créer.

Nous avons remarqué déjà, en ce qui concerne la distinction qui sépare l'obligation alternative de l'obligation avec clause pénale, qu'il importe de vérifier exactement le caractère de la convention, afin d'empêcher que les parties déguisent, sous l'apparence d'une obligation alternative, une obligation illicite, dans laquelle la prétendue alternative ne serait qu'une clause pénale destinée à en assurer l'exécution. (*Supra*, n° 11.)

648. — Quant à l'obligation contractée sous la condition d'un fait dépendant de la volonté du débiteur, elle diffère essentiellement de l'obligation avec clause pénale.

Et la raison de cette différence est manifeste!

C'est que, précisément, lorsque l'obligation a été contractée sous la condition d'un fait qui dépend de la volonté du débiteur, le débiteur est libre de faire naître l'obligation ou de l'empêcher!

Tandis que cette liberté n'appartient jamais au débiteur qui est tenu d'une obligation avec clause pénale!

« *Si vous abattez tel arbre qui me nuit, je vous payerai* 1000 fr. »

Voilà une obligation conditionnelle, qui dépend de la volonté du débiteur;

Et non pas une obligation avec cause pénale;

Car vous n'avez pas contracté, envers moi, l'obligation d'abattre cet arbre.

Mais supposons, au contraire, cette convention :

« *Vous me promettez d'abattre tel arbre, qui me nuit; et si vous ne l'abattez pas, vous me payerez* 1000 fr. »

Voilà une obligation avec clause pénale;

Et non pas une obligation conditionnelle.

Car vous avez contracté, envers moi, l'obligation principale d'abattre cet arbre.

Et l'obligation que vous avez contractée, de me payer 1000 fr., si vous ne l'abattez pas, est une obligation accessoire et subsidiaire, destinée à en assurer l'exécution. (Comp. le t. I de ce *Traité*, n°s 347-348; L. 14, § 5 et 6, ff. *de Obligat. et act.*; Sebire et Carteret, *Encyclop. du Droit*, v° *Clause pénale*, n° 7; Colmet de Santerre, t. V, n° 162 *bis*, II; Larombière, t. III, art. 1228, n° 5.)

649. — Le second alinéa de l'article 1227 dispose que :

« La nullité (de la clause pénale) n'entraîne point celle de l'obligation principale. »

Si l'accessoire, en effet, ne peut pas subsiter sans le principal, le principal peut subsister sans l'accessoire.

Ce qui résultera donc seulement de la nullité de la clause pénale, c'est qu'elle sera réputée non avenue.

Et l'obligation principale, si elle est elle-même valable, sera régie, suivant le droit commun, comme les obligations, qui ne sont pas munies d'une clause pénale.

« .... *Detracta prima stipulatione, prior manet utilis...* » (L. 126, § III, ff. *de Verbor. obligat.*)

B. — *Des effets de la clause pénale.*

SOMMAIRE.

650. — La clause pénale est le règlement conventionnel, arrêté d'avance, à forfait, entre les parties, des dommages-intérêts, qui seront dus au créancier, en cas d'inexécution de l'obligation. — De cette règle dérivent tous les effets, qui s'y attachent.

651. — 1° Le créancier, au lieu de demander la peine contre le débiteur, qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.

652. — Suite.

653. — 2° Le créancier ne peut demander, en même temps, le principal et la peine.

654. — La règle, qui précède, n'est pas d'ordre public ; et elle est susceptible de fléchir devant la manifestation d'une volonté contraire. C'est ce qui peut arriver dans deux cas:

655. — *a.* Du cas où la clause pénale a été stipulée pour le simple retard.

656. — Suite.

657. — Suite.

658. — *b.* Du cas où il résulte de la convention, expresse ou tacite, des parties, qu'elles ont entendu que le créancier pourrait demander en même temps l'exécution de l'obligation principale et la peine. — De la clause pénale ajoutée à une transaction.

659. — Suite.

660. — Suite.

661. — De la clause pénale ajoutée à un compromis; — à un partage; — à la confirmation d'une convention sujette à une action en nullité ou en rescision.

662. — La peine ayant été stipulée contre celle des parties qui formera une action en justice contre la convention, et pour être encourue même dans le cas où la convention serait déclarée valable; que faudrait-il décider, dans le cas, au contraire, où la convention serait déclarée nulle?

663. — 3° La clause pénale est le règlement, arrêté d'avance à forfait, des dommages-intérêts, qui seront dus au créancier, en cas d'inexécution de l'obligation. — Conséquences.

650. — La clause pénale est, comme nous venons de le voir, le règlement conventionnel, arrêté d'avance, à forfait, entre les parties, des dommages-intérêts, qui seront dus au créancier, en cas d'inexécution de l'obligation.

De cette règle dérivent logiquement tous les effets qui s'y attachent.

651. — 1° C'est ainsi d'abord que, d'après l'article 1228 :

« Le créancier, au lieu de demander la peine contre le débiteur, qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. »

Puisque la clause pénale tient lieu des dommages-intérêts, contre le débiteur, pour le cas où il n'exécute pas l'obligation, elle doit laisser au créancier la faculté, qui lui appartient, de droit commun, de demander, au lieu de dommages-intérêts, l'exécution même de l'obligation!

D'après l'article 1184, en effet :

« .... La partie, envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts. »

Il ne se peut pas que le débiteur trouve le principe d'un droit dans l'inexécution même de la convention, qui constitue de sa part une faute, et que la clause pénale devienne, pour lui, le moyen de se soustraire à l'obligation qu'il a contractée. (Art. 1146-1147; comp. le t. I de ce *Traité*, nos 513 et suiv.)

Aussi, pensons-nous qu'il faut poser en principe, que le créancier conserve, malgré la stipulation d'une clause pénale, les mêmes droits, qu'il aurait, en l'absence de cette clause, pour obtenir l'exécution même de l'obligation principale.

C'est ainsi que, lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, il peut être autorisé à la faire exécuter, aux frais du débiteur, frais, que celui-ci doit être condamné à lui rembourser, lors même qu'ils excéderaient le montant de la clause pénale ; car ce n'est pas à titre de peine, qu'ils sont dus ; c'est par suite de l'exécution de l'obligation principale ! (Art. 1144; comp. Duranton, t. XI, n° 342; Sebire et Carteret, *Encyclop. du Droit*, v° *Clause pénale*, nos 33 et 57.)

652. — Supposons pourtant que la convention porte que, dans le cas d'inexécution de l'obligation principale, une autre obligation y sera substituée; de sorte que le créancier ne pourra plus demander au débiteur l'exécution de la première obligation, et que le débiteur ne pourra pas non plus l'offrir au créancier.

Cette convention sera-t-elle valable ?

Assurément oui !

Car elle n'a rien de contraire à l'ordre public ; et elle fait la loi des parties contractantes. (Art. 1134.)

Ce qui en résulte, c'est une sorte de novation consentie d'avance, conditionnellement. (Art. 127, n° 1.)

Voilà ce que disait le jurisconsulte Paul, sur une hypothèse semblable :

« .... *Videndum utrum duæ stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem;*

an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est. » (L. 44, § 6, ff. *de Verbor. obligat.*)

Ajoutons, toutefois, que c'est là une hypothèse exceptionnelle, et qu'une telle convention ne doit pas être présumée facilement.

Tout au contraire !

En effet, aux termes de l'article 1273 :

« La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. » (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 74; Colmet de Santerre, t. V, n° 164 *bis;* Larombière, t. III, art. 1228, n° 5.)

653. — 2° Pareillement, le second alinéa de l'article 1229 dispose que :

« .... Le créancier ne peut demander, en même temps, le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. »

La cause de l'obligation subsidiaire, que le débiteur a contractée, de payer quelque chose au créancier, en cas d'inexécution de l'obligation principale, c'est l'inexécution même de cette obligation; c'est le dommage, qu'elle lui fait éprouver.

Et, l'obligation subsidiaire n'a pas de cause, dès que l'obligation principale est exécutée.

C'est là précisément le trait caractéristique de la convention, qui constitue la clause pénale. (Comp. Cass., 24 févr. 1862, Caumont, Dev., 1862, I, 241.)

654. — Telle est la règle.

Mais cette règle, évidemment, n'est pas d'ordre public.

Elle procède de l'interprétation de la volonté vraisemblable des parties contractantes.

Et elle est, en conséquence, susceptible de fléchir devant la manifestation d'une volonté contraire.

C'est ce qui peut arriver dans deux cas :

a. Lorsque la peine a été stipulée pour le simple retard;

b. Plus généralement, lorsqu'il résulte de la convention, expresse ou tacite, des parties, qu'elles ont entendu que le créancier pourrait demander, en même temps, l'exécution de l'obligation principale et la peine.

655. — *a*. Que le créancier puisse demander la peine, en même temps que l'exécution de l'obligation principale, lorsque la peine a été stipulée pour le simple retard, c'est la disposition formelle de l'article 1229.

Et il est facile de la justifier.

En effet, aux termes de l'article 1147 :

« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution.... »

Or, la clause pénale est la représentation des dommages-intérêts;

Il est donc tout simple qu'elle puisse être elle-même stipulée à raison du retard dans l'exécution, aussi bien qu'à raison de l'inexécution de l'obligation principale.

Est-ce à dire que l'obligation avec clause pénale, dans ce cas, n'ait pas de cause?

Assurément non!

Il ne se peut jamais qu'une obligation n'ait pas de cause!

Mais alors la cause de l'obligation, avec clause pénale, c'est le retard dans l'exécution, et le dommage, que le créancier peut en éprouver, lors même qu'il obtient finalement l'exécution.

De même donc qu'il existe, à côté des dommages-intérêts compensatoires, des dommages-interêts moratoires;

De même, peut-on dire, il existe une clause pénale moratoire, à côté de la clause pénale compensatoire (*supra*, n° 636).

Et le créancier, qui obtient le payement de la clause pénale moratoire, n'en est pas moins fondé a demander l'exécution de l'obligation principale (comp. Cass., 4 juin 1860, Mendouse, Dev., 1860-1-653).

656. — Cela est si vrai, que ces deux sortes de clauses pénales pourraient être stipulées à la fois, distinctement, dans la même convention :

L'une, pour le cas de retard dans l'exécution;

L'autre, pour le cas d'inexécution.

657. — Mais supposons qu'une seule clause pénale a été stipulée; ce qui est l'ordinaire; la stipulation d'une double clause pénale, serait, en effet, exceptionnelle.

Comment distinguer, dans le silence du contrat, si les parties ne l'ont pas elles-mêmes expliqué, le vrai caractère de cette clause, et si elle a été stipulée à raison du simple retard dans l'exécution, ou a raison de l'inexécution, c'est-à-dire si elle peut ou si elle ne peut pas être cumulée avec l'exécution de l'obligation principale.

C'est là une question de fait. Généralement cette question sera facile à résoudre, par la comparaison de l'importance de la peine stipulée avec celle de la chose qui fait l'objet de l'obligation principale.

La peine est-elle d'une valeur égale ou supérieure à celle de la chose promise?

On devra décider qu'elle représente les dommages-intérêts compensatoires;

Tandis que l'on devra, au contraire, décider que la peine représente seulement les dommages-intérêts moratoires, si elle est d'une valeur bien inférieure à celle de la chose qui fait l'objet de l'obligation. (Comp. Cass., 27 janv. 1855, Assurances générales, Dev., 1856-I-42.)

658. — B. Nous avons dit, en second lieu, que le créancier peut demander, en même temps, l'exécution de l'obligation principale et la peine, lorsqu'il résulte de la convention, expresse ou tacite, des parties, que telle a été leur volonté (*supra*, n° 654).

Il se peut, en effet, que, indépendamment de ce double intérêt qui sert, en général, de cause à l'obligation avec clause pénale, à savoir : d'assurer l'exécution de l'obligation principale ou d'empêcher le retard dans l'exécu-

tion ; il se peut, disons-nous, qu'un autre intérêt puisse en devenir la cause très-licite!

Comme si l'une des parties veut se garantir ou si les deux parties ensemble veulent se garantir réciproquement contre les ennuis et les frais d'une contestation judiciaire, lors même que cette contestation échouerait.

Supposons, par exemple, une transaction.

Aux termes de l'article 2047 :

« On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. »

Eh bien! donc, nous avons fait une transaction sur des difficultés qui nous divisaient; nous l'avons faite pour terminer une contestation déjà née entre nous, ou pour prévenir une contestation à naître.

Et voici la clause qui se trouve écrite dans l'acte, qui la renferme :

« Il est expressément convenu que celle des parties qui formera une demande en justice contre la présente transaction, payera à l'autre partie une somme de 10 000 fr. à titre de peine; et que cette peine sera encourue par le seul fait de la contestation judiciaire, lors même que cette contestation ne réussirait pas; le but des parties qui stipulent ladite clause pénale, étant précisément de se garantir contre les frais et les contrariétés d'un procès, même mal fondé. »

Cette clause serait-elle valable?

Évidemment oui!

Et celle des parties contre laquelle l'autre aurait formé une action en justice, pourrait certainement demander le payement de la peine, en même temps que le maintien de la transaction.

659. — Cette solution est, en effet, d'évidence, lorsque la clause pénale est motivée expressément comme nous venons de le faire.

Mais on a eté plus loin!

On a prétendu que la clause pénale ajoutée à une

transaction, doit toujours être interprétée en ce sens, lors même que les parties ne s'en sont pas expliquées.

Qu'il ne soit pas nécessaire que l'intention des parties à cet égard soit expressément formulée, cela est certain ; et notre avis est aussi qu'il suffit que la preuve en résulte tacitement des circonstances, c'est-à-dire du caractère de la transaction et des termes de la clause pénale qu'elles y ont ajoutée.

Mais ce que nous ne concédons pas, c'est que l'on puisse poser comme principe, que, en matière de transaction, la peine doit nécessairement, dans tous les cas, se cumuler avec le principal.

Telle est pourtant la doctrine qui a été enseignée :

« .... Cette convention (que la peine sera due sans préjudice de l'exécution de l'obligation principale), nous paraît, dit Toullier, implicitement contenue dans la clause pénale ajoutée à la transaction. La peine est stipulée, non pas comme une compensation des dommages-intérêts, qui pourraient résulter de l'inexécution absolue de la transaction, mais comme une indemnité des embarras, des frais et des inquiétudes que cause à l'autre partie la nécessité de soutenir un procès, qu'on avait voulu prévenir. C'est donc ainsi que doivent être interpréter les clauses pénales ajoutées à une transaction, lorsque les termes de la convention n'y résistent pas. » (T. III, n° 830.)

Cette doctrine n'aboutit à rien moins, comme on voit, qu'à créer, sur ce point, en matière de transaction, une présomption légale; et ce premier argument serait déjà décisif; car cette présomption qu'elle prétend créer, n'est écrite dans aucun texte de loi !

Cet argument, d'ailleurs, n'est pas le seul.

On a mis en scène, dans cette controverse, plusieurs fragments des jurisconsultes romains qui ne paraissent pas être en parfaite concordance. (Comp. L. 37, Cod., *de*

Transactionibus. — L. 10, § 1, ff. *de Pactis.* — L. 122, § 6, ff. *de Verborum obligationibus.*)

Notre avis est que ces fragments favorisent la doctrine que nous présentons.

Mais, sans entreprendre un travail de conciliation, dont la longueur ne compenserait que médiocrement l'utilité (comp. Duranton, t. XI, nos 345 et suiv.);

Nous nous attacherons à établir que, sous l'empire de notre Code, la doctrine présentée par Toullier n'est pas admissible :

1° La règle générale qui est posée par l'article 1229, c'est que :

« .... Le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine ;....

L'article ajoute cette exception :

« A moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. »

Mais aucun texte n'excepte la transaction;

Donc, la règle demeure applicable à cette espèce de convention comme à toutes les autres.

On se récrie que, tout au contraire, l'article 2047 fait, pour la transaction, une exception à la règle posée par l'article 1229.

Mais pas du tout!

Cet article n'établit pas une exception; et ses termes mêmes témoignent qu'il ne fait que rappeler la règle.

« On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine *contre celui qui manquera de l'exécuter.* »

Donc, c'est en vue *du défaut d'exécution* de la transaction, que le législateur dispose, et pour l'hypothèse, en effet, où la partie qui réclame la peine, n'obtient pas le principal.

Et voilà bien aussi l'explication qui a été donnée de cet article, par les orateurs du gouvernement et du Tribunat :

« Quoique la transaction, dit M. Bigot-Préameneu, ait

pour but de régler définitivement la contestation qui en est l'objet, *cependant il est permis, comme dans toute convention, de stipuler une peine, en cas d'inexécution....* »

Le tribun Albisson a dit même :

« La transaction, *comme les autres contrats en général,* est susceptible de la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. Cette stipulation a ses règles particulières relativement à son exécution : *et ces règles sont expliquées avec soin dans la section VI, chapitre III de la loi sur les contrats.* » (Locré, *Législ. civ.*, t. XV, p. 420, 433; ajout. aussi p. 445.)

Est-il possible de dire plus clairement que l'article 2047 ne fait qu'appliquer à la transaction la règle que l'article 1229 a posée pour toutes les conventions!

2° Nous ajoutons que, en raison, c'est une doctrine excessive que celle qui prétend établir, comme principe, que, dans tous les cas, nécessairement, la peine stipulée dans une transaction doit être cumulée avec le principal, et que la partie qui obtient l'exécution, peut toujours aussi, en même temps, obtenir la peine.

Oh! sans doute, le caractère même de la transaction et le but que les parties s'y proposent, sont de nature à favoriser beaucoup l'interprétation de leur volonté, en ce sens qu'elles auront entendu, par la stipulation d'une peine, assurer de plus en plus leur tranquillité, et que par conséquent la peine sera due par celle des parties qui y contreviendra, lors même que la transaction serait maintenue.... *rato manente pacto.* (L. 16, ff. *de Transact.*)

Nous admettons cette *tendance.*

Mais encore faut-il que les circonstances s'y prêtent!

Et c'est effectivement, suivant nous, dans les circonstances, que les magistrats doivent puiser les éléments de solution de cette question de fait et d'interprétation.

De sorte que, dans le doute, il faut, conformement à l'article 1162, appliquer la règle et répondre contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté

l'obligation. (Comp. Pothier, nos 343 et 348; Duranton, t. XI, n° 345, et t. XV, n° 349; Duvergier, sur Toullier, t. III, n° 830, note *a;* Troplong, *des Transactions*, nos 103 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 74 et 485; Sebire et Carteret, *Encyclopéd. du Droit*, v° *Clause pénale*, nos 35-38; Colmet de Santerre, t. V, n° 166 *bis*, III; Larombière, t. III, art. 1229, n° 5.)

660. — Quelles sont les circonstances principales qui peuvent révéler aux magistrats la véritable intention des parties sur ce point?

Delvincourt a proposé cette distinction :

« Si tout est fini par la transaction, de manière qu'il n'y ait rien à faire, rien à exécuter par les parties, et que cependant il y ait une peine stipulée, on présumera que les parties ont voulu prévenir tout procès; et dès qu'il en existe un, la peine est encourue, quand même le demandeur serait débouté. Mais si la transaction portait aussi obligation de la part des parties ou de l'une d'elles, de donner ou de faire quelque chose, on présumera que la peine n'a été stipulée que pour le cas où les choses promises ne seraient pas exécutées ; et, en conséquence, si la partie qui a intérêt à ce que l'obligation soit exécutée, en poursuit et obtient l'exécution, elle ne pourra pas exiger la peine. » (T. II, p. 144, note 2, et t. III, p. 133, note 12.)

Cette distinction est judicieuse; et il y aura lieu, en effet, de tenir compte de la différence qu'elle met en relief, entre le cas où la transaction a reçu sa complète exécution, et le cas où les obligations qu'elle impose à l'une des parties, ou aux deux parties, sont encore à exécuter.

Ce qu'il faudra aussi considérer, c'est l'importance comparée de la valeur de la peine et de la valeur des droits sur lesquels porte la transaction (comp. *supra*, n° 657); car si la peine est égale ou supérieure à la valeur de ces droits, il sera très-vraisemblable que les par-

ties n'ont pas eu l'intention de la cumuler avec l'exécution de l'obligation principale ; tandis qu'il en sera autrement, si la peine est, au contraire, relativement modique.

Enfin, et surtout, les termes dans lesquels la clause pénale sera conçue, devront être interrogés avec soin.

L'acte porte que la clause pénale sera encourue par celle des parties, *qui fera annuler la transaction.* »

Voilà une formule qui implique que la peine ne devra pas être cumulée avec le principal.

Mais l'acte porte que la peine sera encourue par celle des parties, *qui formera une action en justice contre la transaction.... ou qui attaquera la transaction....* »

Voilà, au contraire, une formule qui implique que la peine devra être cumulée avec le principal, et qu'elle a pour but d'assurer non pas l'exécution de la transaction, mais le repos et la tranquillité des parties. (Comp., Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.*; Duranton, t. XI, n° 345.)

661. — La même doctrine que nous venons d'appliquer à la transaction, serait applicable aux autres conventions, et notamment à celles qui contiendraient :

Un compromis ;

Un partage ;

La confirmation d'une convention sujette à une action en nullité ou en rescision.

La règle serait toujours que le créancier ne peut pas demander, en même temps, le principal et la peine.

Et, pour savoir si les parties ont eu l'intention d'y déroger, en stipulant que la clause pénale sera encourue même *rato manente pacto*, on devrait également consulter les circonstances particulières du fait, et celles-là surtout que nous venons de signaler. (*Supra*, n° 669 ; comp. Pothier, n°s 343, 348 ; Merlin, *Répert.*, v° *Peine compromissoire;* Toullier, t. III, n°s 829 et suiv.; Duranton, t, XI, n°s 346-349 ; Larombière, t. III, art. 1229, n°s 4 et suiv.)

662. — La peine a été stipulée pour être encourue par celle des parties, qui formerait une action en justice contre la convention, lors même que son action échouerait.

Mais voilà que l'action, qu'elle a formée, réussit; et la convention est déclarée nulle!

Oh! alors, la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. (Art. 1227.)

Si donc la peine a déjà été payée, elle devra être restituée.

Et elle cessera d'être due, si elle n'a pas encore été payée. (Comp. Toullier, t. III, n° 816; Troplong, *des Transactions*, n° 107.)

663. — 3° La clause pénale étant, avons-nous dit, le règlement conventionnel des dommages-intérêts, qui seront dus au créancier, en cas d'inexécution de l'obligation, elle fait la loi des parties contractantes.

Mais le débiteur prétend que le créancier n'a éprouvé aucun dommage par suite de l'inexécution de l'obligation, ou du retard dans l'exécution, si la peine a été stipulée pour le simple retard.

Il a même, dit-il, la preuve en mains, et toute prête!

On ne doit pas l'entendre!

C'est, précisément, afin de prévenir toute discussion, en fait, de cette question de savoir quel est le dommage, que le créancier a éprouvé, et s'il en a éprouvé aucun, que la clause pénale est faite!

« .... *Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas stipulationis....* » (Inst., *de Inut. stipulat.*, § 10.)

C'est un forfait, une *alea!*

Et, sous ce rapport, on peut remarquer que l'article 1229 n'est pas d'une correction irréprochable, lorsqu'il définit la clause pénale :

« .... La *compensation* des dommages-intérêts que le

créancier *souffre* de l'inexécution de l'obligation principale. »

Qu'il souffre.... ou plutôt qu'il est, de droit, présumé souffrir, en vertu de la convention, lors même que, de fait, il n'en souffrirait pas;

La *compensation*.... ou plutôt l'évaluation d'avance tarifiée invariablement, qui lui est toujours due tout entière, et non pas seulement jusqu'à concurrence du dommage, plus ou moins considérable, qu'il aurait souffert.

La clause pénale est de 10 000 fr.

Le débiteur offre d'établir que le dommage que le créancier *souffre* de l'inexécution de l'obligation, n'est que de 8000 fr.

Et il demande la diminution de la peine.

Ou le créancier offre d'établir que le dommage, qu'il *souffre*, est de 12 000 fr.

Et il demande l'augmentation de la peine.

Ils ne sont, ni l'un ni l'autre, recevables.

Jamais moins, dans le premier cas;

Jamais plus, dans le second cas!

664. — Cette doctrine nous paraît certaine, malgré le dissentiment de M. Dalloz, qui a écrit que :

« La clause pénale étant la compensation des dommages-intérêts, que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale, il s'ensuit qu'elle ne doit pas recevoir son application, quand le créancier n'a souffert aucun préjudice. » (*Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 1595.)

Mais comment savoir que le créancier n'a souffert aucun préjudice, puisque cette preuve, si le débiteur demandait à la faire, serait absolument irrecevable! (Comp. Larombière, t. III, art. 1229, n° 2.)

C'est ce qui résulte de la disposition de l'article 1152, dont il convient de reproduire les termes :

« Lorsque la convention porte que celui, qui manquera de l'exécuter, payera une certaine somme à titre

de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre; »

Disposition, par laquelle le droit nouveau a modifié l'ancien droit, qui admettait, au contraire, que la peine stipulée, pour le cas d'inexécution d'une obligation, pouvait, lorsqu'elle était excessive, être réduite et modérée par le juge. » (Pothier, n° 345.)

Nous persistons à penser que c'était là une violation de la convention des parties, et qu'il faut applaudir à la réforme que les législateurs de 1804 ont faite, sur ce point, de l'ancienne doctrine. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 607; Dijon, 5 janv. 1838, Debeau, D., *Rec. alph.*, v° *Vente*, n° 1385.)

665. — Cette règle, toutefois, comporte deux exceptions.

La première résulte de la loi du 3 septembre 1807, qui a limité le taux de l'intérêt conventionnel de l'argent à 5 pour 100 en matière civile et 6 pour 100 en matière commerciale.

D'où l'on doit conclure, comme nous l'avons déjà fait, que, dans les obligations de sommes ou de choses qui se consomment par l'usage, consenties pour prêt, l'intérêt moratoire ne peut jamais excéder le taux de l'intérêt légal, lors même qu'il serait stipulé conventionnellement, à titre de clause pénale.

Sous quelque forme, en effet, que se produise l'intérêt, qui excède ce taux, la loi le proscrit; et il doit être tenu pour usuraire! (Comp. le tome I précité, n° 638.)

666. — La seconde exception résulte de l'article 1231, d'après lequel :

« La peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. »

C'est la conséquence de l'article 1229 :

« .... Le créancier ne peut demander, en même temps, le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. »

La vraie raison de cette décision, dit Pothier, est celle que donne Dumoulin, savoir : que la peine étant censée promise pour le dédommagement de l'inexécution de l'obligation principale, le créancier ne peut pas recevoir l'une et l'autre; lors donc que le créancier a été payé, pour une partie, de l'obligation principale, il ne peut pas recevoir la peine pour cette partie; autrement, il recevrait l'un et l'autre : ce qui ne se doit pas. (N° 350.)

667. — Ce n'est pas que le débiteur puisse forcer le créancier de recevoir une partie du principal et une partie de la peine!

Pas plus que le créancier ne pourrait forcer le débiteur de payer une partie de l'un et une partie de l'autre.

C'est l'un ou l'autre, dans tous les cas; et la vérité est qu'il y a, sous ce rapport, dans l'obligation principale qui est assortie d'une clause pénale, quelque chose d'alternatif.

Dumoulin en a même fait sa dixième *clef :*

« .... *Creditor non tenetur partem principalis et partem pœnæ accipere.* » (*De Divid. et individ.*, Part. III, n° 112.)

Et cela est si certain, qu'il se pourrait que le créancier fût fondé a réclamer la peine tout entière, dans le cas même où il aurait consenti d'abord à ce que l'obligation principale fût exécutée en partie.

C'est ce qui arriverait, si le débiteur, n'exécutant pas l'autre partie de l'obligation principale, le créancier obtenait, contre lui, la résolution de la convention (comp. Cass., 2 déc. 1856, Lagarde, D., 1856, I, 443).

Il est évident qu'il pourrait alors, en restituant la partie du principal, qu'il aurait reçue, réclamer la totalité de la peine.

668. — Mais il se peut que le créancier, qui a consenti à ce que l'obligation principale fût exécutée en partie, ne demande pas, ou même, s'il la demande, qu'il n'obtienne pas la résolution de la convention.

Et c'est alors que se produit l'application de l'article 1231.

Elle se produirait aussi, indépendamment de tout consentement donné par le créancier à l'exécution partielle de l'obligation principale, si cette exécution lui avait procuré un profit qu'il ne serait pas juste qu'il cumulât avec la totalité de la peine.

669. — Remarquons, d'ailleurs, que c'est une faculté que la loi accorde au juge, de modérer la peine, dans le cas où l'obligation principale a été exécutée en partie.

Ce n'est pas une nécessité qu'elle lui impose.

« La peine, dit l'article 1221, *peut* être modifiée par le juge;.... »

On comprend, en effet, que les circonstances particulières, la nature de la chose qui forme l'objet de l'obligation principale, la manière, dont l'exécution partielle a eu lieu, sont, en cas pareil, autant d'éléments de décision, que le législateur ne pouvait pas régler d'avance, et qu'il devait abandonner à l'appréciation discrétionnaire des juges du fait.

670. — Que le créancier ne doive pas obtenir la peine entière, lorsque l'exécution partielle, qui a eu lieu de l'obligation principale, lui a profité, cela paraît aussi logique qu'équitable.

L'obligation principale consiste à creuser un canal de 100 mètres, sous la sanction d'une clause pénale.

50 mètres ont été creusés.

Voilà une exécution partielle, qui est profitable au créancier; et il ne serait pas juste qu'il cumulât, avec ce profit, la peine tout entière.

Mais l'obligation principale, sanctionnée par la clause pénale, consiste à faire un voyage.

Vous vous êtes obligé à vous rendre de Caen à Marseille pour une affaire qui me concerne.

Et vous n'êtes allé que jusqu'à Paris!

Que m'importe ce commencement d'exécution, dont je ne tire aucun profit?

Ce n'est même point là une exécution partielle de l'obligation principale; car, cette obligation était indivisible, et ne comportait pas une exécution par parties. (Comp. *supra*, n° 524; Larombière, t. III, art. 1232, n° 7; Colmet de Santerre, t. V, n° 168 *bis*.)

671. — Supposons une exécution partielle de l'obligation principale, dont le créancier profite, et que le juge veuille, en conséquence, réduire la peine.

D'après quelle base cette réduction doit-elle être opérée?

Est-ce d'après une estimation abstraite et absolue de la valeur de l'exécution partielle, qui a eu lieu?

Ou, au contraire, l'estimation doit-elle se faire d'après la valeur relative et conventionnelle, que les parties, par la clause pénale, ont attribuée à l'exécution totale?

C'est, évidemment, suivant nous, d'après cette dernière base, que l'estimation doit, autant que possible, être faite.

La clause pénale était de 10000 fr. pour le cas de l'inexécution totale de l'obligation principale.

Et l'obligation principale a été exécutée pour moitié.

Eh bien! il n'y aura pas à rechercher ce que vaut, en soi, cette moitié d'exécution, d'après le cours ordinaire des choses pareilles à celle qui fait l'objet de l'obligation.

Ce qu'il y aura lieu de faire, est plus simple et plus conforme à la convention des parties.

Ce sera de réduire de moitié la clause pénale, et d'allouer 5000 fr. au créancier, au lieu de 10 000 fr.;

A moins, pourtant, que le juge ne reconnaisse, en fait (ce qui pourrait bien arriver), que l'exécution partielle n'a pas, comparativement, la même valeur que l'exécution totale aurait eue.

671 *bis*. — A plus forte raison, l'office du juge serait très-simple, si les parties avaient elles-mêmes d'avance

déterminé les bases de la réduction de la peine, dans la prévision d'une exécution partielle.

Il n'y aurait alors, en effet, qu'à appliquer leur convention. (Comp. Cass., 4 juin 1860, Mendouse, Dev., 1860, I, 653; Pau, 10 janv. 1861, Mauron, Dev., 1841, II, 181.)

672. — Les contractants peuvent-ils convenir, contrairement à la disposition de l'article 1231, que la peine entière sera due, et ne pourra pas être modérée par le juge dans le cas même où l'obligation principale serait exécutée en partie, et que le débiteur ne pourra y échapper qu'en exécutant entièrement l'obligation principale?

Si dure que puisse paraître la clause pénale ainsi conçue, notre avis est pourtant qu'elle est valable.

Telle est la conséquence de la règle, qui gouverne toute cette matière :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » (Art. 1134.)

Or, c'est là, en effet, une convention légalement formée, puisque la loi permet aux parties de déterminer elles-mêmes, librement, à forfait, les dommages-intérêts qui seront dus au créancier, soit pour le cas d'inexécution totale, soit pour le cas d'inexécution partielle, de même que pour le simple retard dans l'exécution. (Cass., 4 juin 1860, Mendouze, Dev., 1860, I, 653; Toullier, t. III, n° 839; Duranton, t. XI, n° 358; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, § 552, note 12; Larombière, t. III, art. 1231, nos 7 et 11.)

673. — La disposition de l'article 1231 est, d'ailleurs, générale; et sauf l'exception que nous venons de reconnaître, elle s'applique dans tous les cas :

Soit que l'obligation principale ait pour objet une chose indivisible;

Soit que la clause pénale ait elle-même une chose indivisible pour objet.

Elle s'y applique, disons-nous, en tant, bien entendu,

que le comporte la nature indivisible de l'obligation principale ou de la clause pénale.

674. — Vous vous êtes obligé, sous une clause pénale de 300 fr., à me livrer un passage sur votre fonds pour transporter ma récolte.

Et c'est après m'en avoir laissé transporter la moitié, que vous mettez obstacle à mon passage.

L'obligation principale est donc exécutée pour moitié.

Et la clause pénale pourra être, en conséquence, réduite aussi de moitié, soit à 150 fr.

C'est que, en effet, si le droit de passage, considéré dans sa nature de service foncier, est indivisible, l'avantage qui résulte de l'exercice de ce droit, peut être divisible.

D'où il suit que rien ne s'oppose à ce que la peine soit encourue pour partie, dans la proportion de l'avantage partiel que le créancier a retiré de cet exercice.

« .... *Quia*, disait Dumoulin, *hæc servitus de se individua dividuatur ex accidenti et ex fine dividuo...*, *et debet judicari secundum regulam dividuorum.* » (Part. III, n° 363; comp. Pothier, n° 352; et notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 997.)

675. — C'est l'obligation principale, qui est indivisible dans l'exemple qui précède.

En voici un dans lequel c'est la clause pénale, qui va être indivisible.

Vous avez contracté, envers moi, une obligation, sous cette clause que, dans le cas d'inexécution, vous me concéderez, pour mon fonds, un droit de passage sur le vôtre.

L'obligation principale a été exécutée en partie.

Comment réduire la peine? et par quel procédé pourra-t-on n'en allouer qu'une partie au créancier, puisque la chose, qui en est l'objet, n'est pas susceptible de parties?

Remarquons d'abord qu'il y aura lieu, en cas pareil, de rechercher si l'indivisibilité même de la chose qui est l'objet de la peine, ne témoignerait pas que, dans l'in-

tention des parties, cette peine a été stipulée, afin d'assurer l'exécution entière de l'obligation principale, et qu'elle doit être, dès lors, encourue pour le tout, malgré l'exécution partielle de l'obligation principale. (Comp. *supra*, n° 672.)

Mais si on reconnaît que les parties n'ont pas entendu déroger à la disposition de l'article 1231, il faut, pour arriver à la rendre applicable, prendre l'un ou l'autre de ces partis :

Soit allouer, purement et simplement, au créancier la peine, c'est-à-dire le droit de passage dans lequel elle consiste, à la charge par lui de restituer au débiteur le profit que l'exécution partielle de l'obligation principale lui a procuré ;

Soit laisser au créancier ce profit, en ne lui allouant la peine qu'à la charge par lui de tenir compte au débiteur de la valeur du droit de servitude qui constitue la peine, dans la proportion de la valeur du profit qu'il a retiré de l'exécution. Si donc l'obligation principale a été exécutée pour moitié, et que le droit de servitude, qui est l'objet de la clause pénale, soit évalué à 1000 fr., ce droit ne sera alloué au créancier qu'à la charge de payer 500 fr. au débiteur.

Le second procédé nous paraîtrait, en général, devoir être suivi de préférence, parce qu'il est plus conforme à la disposition de l'article 1231. (Comp. Dumoulin, Part. III, n°s 523 et suiv.; Pothier, n° 354; Larombière, t. III, art. 1231, n° 9.)

C. — *Dans quels cas; et de quelle manière la clause pénale peut être encourue.*

SOMMAIRE.

676. — La clause pénale n'est encourue que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation. — Explication.
677. — Suite.
678. — Suite. — Division.

676. — L'article 1230 est ainsi conçu :

« Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme, dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé, soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure. »

Voilà une disposition qui dérive encore, comme une conséquence logique, de la prémisse fondamentale, sur laquelle repose toute cette théorie de la clause pénale.

La clause pénale étant la compensation, ou mieux encore la représentation des dommages-intérêts, dont le débiteur peut être tenu envers le créancier pour le cas d'inexécution de l'obligation principale, il est tout simple qu'elle soit gouvernée par les mêmes règles, qui gouvernent les dommages-intérêts, en ce qui concerne le point de savoir dans quels cas et sous quelles conditions ils sont dus (art. 1146).

Ces règles sont, en effet, les mêmes, sauf les différences que le caractère particulier de la clause pénale y apporte nécessairement.

677. — Or, en traitant des dommages-intérêts qui peuvent être dus par le débiteur au créancier, en cas d'inexécution de l'obligation, nous avons vu que trois conditions sont requises à cet effet; savoir :

1° Que le débiteur soit en demeure;

2° Que la demeure lui soit imputable;

3° Que le créancier ait éprouvé un préjudice, soit par suite du retard, soit par suite de l'inexécution, soit enfin par suite de l'exécution insuffisante ou incomplète de l'obligation. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 513.)

Il faut écarter cette troisième condition, d'après laquelle le créancier ne peut demander des dommages-intérêts au débiteur qu'autant qu'il prouve que l'inexécution de l'obligation lui a causé un dommage, et dans la mesure seulement du dommage qu'il prouve qu'elle lui a causé.

C'est précisément l'avantage de la clause pénale de dispenser le créancier de toute preuve de ce genre (*supra*, n° 663.)

678. — Mais les deux autres conditions sont applicables à la clause pénale, aussi bien qu'aux dommages-intérêts.

Et il faut, pour que la peine soit encourüe :

A. — Que le débiteur soit en demeure ;

B. — Que cette demeure lui soit imputable :

679. — *a.* Nous avons exposé déjà ce qui concerne la mise en demeure, et qu'elle peut résulter de trois causes :

1° D'une disposition de la loi ;

2° De la convention des parties ;

3° De l'interpellation faite par le créancier au débiteur.

Il suffit, sur ces différents points, de nous référer aux explications, que nous avons fournies. (Art. 1139 et suiv. ; comp. Cass., 18 févr. 1856, Malo, Dev., 1857, I, 40 ; et le tome I de ce *Traité*, nos 517 et suiv.)

680. — Bornons-nous à rappeler que l'échéance du terme, sous lequel l'obligation a été contractée, ne constitue pas le débiteur en demeure.

Notre Code, en effet, n'a pas admis l'ancienne maxime : *dies interpellat pro homine.*

C'est ce que rappelle aussi l'article 1230 :

« Soit que l'obligation primitive contienne soit qu'elle ne contienne pas un terme, dans lequel elle doive être accomplie.... »

De sorte que la clause pénale n'est pas encourue, par le débiteur, même *après* l'échéance du terme, si la demeure ne résulte pas d'ailleurs, contre lui, de l'une des causes, qui la produisent, et que nous venons d'indiquer.

681. — A plus forte raison, la clause pénale ne peut-elle pas être encourue, *avant* l'échéance du terme, puisque le débiteur ne peut pas encore être constitué en demeure ;

Et cela, lors même qu'il serait, dès à présent, certain qu'il se trouvera dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation principale.

Ce n'est qu'après l'échéance du terme, que cette impossibilité pourra être légalement prouvée par une mise en demeure régulière. (Comp. Larombière, t. III, art. 1230, n° 2.)

681 *bis*. — La mise en demeure ne serait pas, d'ailleurs, nécessaire, ni avant, ni après l'échéance du terme, si le débiteur avait expressément renoncé à exécuter la convention. (Comp. Cass., 28 fév. 1865, Poëy, Dev., 1865, I, 108.)

682. — Une fois que la mise en demeure a été régulièrement opérée contre le débiteur, la conséquence en est acquise au créancier.

Les clauses pénales étaient, dans notre ancienne jurisprudence, considérées, en général, comme simplement comminatoires ; et le juge avait le pouvoir d'en relever le débiteur. (Comp. Argou, t. II, p. 281 ; et le tome II de ce *Traité*, n° 550.)

Nous ne pensons pas qu'un tel pouvoir lui appartienne aujourd'hui.

683. — Pourtant, dira-t-on, est-ce que la clause pénale fait obstacle à ce que le juge accorde au débiteur un délai de grâce?

Une telle proposition ne serait pas admissible !

Or, le bienfait du délai de grâce n'est-il pas précisément que la demeure, dans laquelle le débiteur a été constitué, ne produise pas, contre lui, ses conséquences rigoureuses ?

Et n'est-ce pas là ce qui résulte des termes mêmes de l'article 1244, qui porte que, par la concession d'un délai

de grâce, *toutes choses demeurent en état?* (Comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 406, note 8.)

Cette objection ne manque certainement pas de gravité; et le résultat qu'elle veut atteindre, semblerait, en effet, conforme à la pensée d'équité et d'humanité, qui a porté le législateur à édicter l'article 1244.

Mais nous croyons, néanmoins, qu'elle n'est pas juridique :

1° Que la clause pénale n'empêche pas le juge d'accorder un délai de grâce au débiteur, c'est aussi notre sentiment; et nous persistons, en effet, dans cette autre doctrine, que nous avons entrepris ailleurs de défendre, que la partie qui s'oblige ne peut pas renoncer d'avance, directement ou indirectement, au bénéfice de l'article 1244. (Comp. le t. II de ce *Traité*, n° 592.)

Le juge pourra donc, dans ce cas comme dans tous les autres, accorder un délai au débiteur; le lui accorder, disons-nous, comme il peut seulement lui être accordé après la demeure, qu'il a encourue :

Soit pour exécuter l'obligation principale;

Soit pour payer la clause pénale;

Suivant que le créancier demandera l'une ou l'autre.

De cette manière, tous les droits seront sauvegardés : celui du créancier de demander la peine que le débiteur mis en demeure a encourue; et celui du débiteur, d'obtenir le délai de grâce, que l'article 1244 autorise le juge à lui accorder, suivant les circonstances.

Et il sera vrai de dire alors, avec l'article 1244, que le délai est accordé, *toutes choses demeurant en état.*

2° Cela ne serait pas vrai, d'après la doctrine contraire, qui invoque, mal à propos, suivant nous, ces termes de l'article.

Non! les choses ne *demeureraient pas en état*, si la position respective des parties se trouvait si gravement modifiée par la concession du délai de grâce, puisque cette concession ferait d'un droit conventionnellement stipulé et

désormais acquis au créancier, un droit éventuel et incertain subordonné à l'appréciation discrétionnaire du juge!

Nous avons déjà remarqué que l'article 1244, qui autorise le juge à accorder un délai au débiteur, ne l'autorise pas, pour cela, à dénaturer les éléments même de la convention des parties, ses éléments constitutifs! (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 597.)

Or, tel nous paraît le caractère de la clause pénale, qu'elle forme l'un des éléments constitutifs de la convention, et comme obligation en sous-ordre, substituée conditionnellement, pour un certain cas, à l'obligation principale.

D'où il résulte que, lorsque ce cas est arrivé, c'est le droit du créancier d'en réclamer l'exécution.

Or, ce cas est arrivé, lorsque le débiteur a été constitué régulièrement en demeure! (Comp. Duranton, t. XI, n° 359; Larombière, t. III, art. 1230, n° 4.)

684. — Notre règle que la clause pénale n'est encourue que lorsque le débiteur est en demeure, l'article 1230 l'applique à celui qui s'est obligé, soit à livrer, soit à prendre, soit à faire.

A livrer.... ou *à faire*, nous connaissons ces mots-là; ce sont ceux que les rédacteurs du Code ont toujours employés pour désigner l'obligation de *donner* ou de *faire*.

Mais *à prendre?*

Voilà un mot nouveau, que nous rencontrons pour la première fois.

Exprime-t-il une nouvelle espèce d'obligation?

Évidemment non!

Ce que suppose le texte, c'est une obligation qui a pour objet une chose que le débiteur n'est pas tenu de porter chez le créancier, mais que le créancier est tenu de venir chercher et *prendre* chez le débiteur,... *quérable* et non *portable*. (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 400.)

Or, c'est là tout simplement une variété de l'obligation *de faire*.

685. — Mais le Code, qui mentionne assez inutilement cette variété, ne mentionne pas l'obligation qui consiste à *ne pas faire*.

De quelle manière sera encourue la clause pénale, qui accompagne une telle obligation?

La réponse est très-simple.

La clause pénale sera encourue de même, malgré le silence de l'article 1230, lorsque le débiteur sera en demeure.

Il n'y a aucun motif pour que cette règle ne s'applique pas à toutes les obligations.

D'après l'article 1145 :

« Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient, doit les dommages-intérêts par le seul fait de la contravention. »

Eh bien ! il en doit être de la clause pénale, comme des dommages-intérêts.

Elle sera donc encourue, aussi par le seul fait de la contravention, d'où résulte alors, de plein droit, la demeure.

686. — Comme pareillement, s'il s'agit d'une obligation de donner ou de faire une chose qui ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer, la clause pénale sera encourue par le seul fait de l'expiration de ce temps.

Et, par la même raison que nous venons d'appliquer l'article 1145, en matière de clause pénale, nous appliquerons aussi l'article 1146.

687. — Est-il nécessaire que le fait qui donne ouverture à l'obligation pénale, ait eu son effet, pour que la peine soit encourue?

Telle est la question que posait Pothier ;

Et il répondait :

« Cela dépend de l'intention qu'ont eue les parties. » (N° 348.)

Cette réponse est encore vraie.

Le texte de l'article 1145 est pourtant absolu! et ne semble-t-il pas en résulter que la clause pénale doit être, dans tous les cas, irrémissiblement encourue par le seul fait de la contravention, lors même que cette contravention n'aurait eu aucun effet, ou que son effet aurait de suite cessé?

Mais la bonne foi, qui est l'âme des conventions, ne permet pas de s'arrêter à cette interprétation rigoureuse, qui serait souvent contraire à la loyale intention des parties, et ferait que la clause pénale n'aurait véritablement pas de cause.

Il faut donc tempérer ce qu'il y a de trop dur dans la disposition de l'article 1145, en la combinant avec la disposition de l'article 1175, qui porte que :

« Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. »

J'ai stipulé de Paul, mon voisin, sous une clause pénale de 1000 fr., qu'il ne louera pas sa maison à un homme d'une profession incommode ou bruyante, à un serrurier, par exemple.

Et c'est précisément à un serrurier qu'il consent un bail de sa maison, malgré l'obligation qu'il a prise envers moi.

Mais il arrive que ce bail ne reçoit pas son exécution; et Paul s'arrange avec l'autre partie pour le résilier.

La clause pénale est-elle encourue?

Il y aurait plus que de la dureté à le prétendre!

Ce n'est pas contre la confection abstraite du bail qu'elle a été stipulée;

C'est contre son exécution effective!

Et, dans la commune intention des parties, l'obligation principale que Paul a prise envers moi *de ne pas louer sa maison* à un homme de cet état, doit évidemment s'entendre comme s'il avait pris l'obligation *de ne pas la faire habiter par lui.*

Donc, la peine n'est pas encourue :

« ... *Pœna non committitur*, disait Dumoulin, *nisi pro parte contraventionis efficacis....* » (Part. III, n° 112.)

Or, la contravention n'a pas été *efficace*; elle ne s'est pas réalisée! (Comp. Toullier, t. III, n° 835; Duranton, t. XI, n° 359; Larombière, t. III, art. 1230, n° 5.)

688. — Une clause pénale a été insérée dans la transaction que j'ai faite avec Paul; et il a été convenu que la peine serait encourue par celle des parties qui l'attaquerait, quand même la transaction serait maintenue, *rato manente pacto.*

Paul a formé une demande en justice pour la faire annuler.

Mais il s'en est désisté!

La clause pénale en est-elle néanmoins irrévocablement encourue?

Oui, sans doute, s'il y a eu procès, si, malgré le désistement plus ou moins tardif de Paul, je n'en ai pas moins eu les ennuis que j'avais en vue de m'épargner, en stipulant la clause pénale.

Mais supposez que Paul, presque aussitôt après sa demande formée, la retire, de sorte qu'il n'y ait pas eu procès, et que la transaction n'ait pas été, en effet, véritablement attaquée!

Eh bien! nous dirons encore qu'il y aurait plus que de la dureté à prétendre que la clause pénale est encourue, et qu'il appartient au juge de décider que le fait qui devait, dans l'intention des parties, y donner ouverture, ne s'est pas réalisé. (Comp. *supra*, n° 687.)

689. — *b*. La seconde condition requise pour que la peine soit encourue, c'est que la demeure du débiteur lui soit imputable. (*Supra*, n° 678.)

En effet, aux termes de l'article 1148 :

« Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts, lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le dé-

biteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. »

A l'impossible nul n'est tenu !

Il est évident, d'ailleurs, que nous parlons d'une impossibilité absolue, et non pas seulement d'une impossibilité relative et personnelle.

Eh bien ! alors, le debiteur ne doit pas plus encourir la peine qu'il n'encourt les dommages-intérêts. (Comp. le t. I de ce *Traité*, n° 546; L. 122, § 3, ff. *de Verbor. obligat.;* Sebire et Carteret, *Encyclop. du Droit*, v° *Clause pénale*, n° 10; Larombière, t. III, art. 1230, n° 6.)

690. — A plus forte raison, la peine ne serait-elle pas encourue, si c'était par le fait du créancier que le débiteur eût été empêché d'exécuter son obligation ! (Comp. *infra*, n° 691; L. 122, § 3 précité; Pothier, n° 349.)

691. — Mais la bonne foi du débiteur, ni sa bonne volonté ne suffiraient à le préserver de la peine!

Car le débiteur qui n'exécute pas l'obligation, n'en est pas moins tenu à des dommages-intérêts, *quoiqu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.* (Art. 1148.)

Encore moins, le débiteur pourrait-il opposer au créancier l'inaccomplissement d'une condition sous laquelle la clause pénale aurait été stipulée, si c'était par son fait que la condition eût manqué de s'accomplir! (Art. 1178; comp. Cass., 6 août 1866, Buzin, Dev., 1866, I, 397; Rouen, 22 janv. 1867, Buzin, Dev., 1867, II, 218.)

691 *bis.* — Son erreur non plus ne serait pas une excuse, en admettant même qu'il se fût trompé de bonne foi sur le sens de la convention, et sur la manière dont elle devait être exécutée.

Elle ne serait pas, disons-nous, une excuse, et ne l'empêcherait pas d'encourir la peine (comp. Troplong, *des Transactions*, n° 107);

A moins pourtant que le créancier lui-même, partageant cette erreur, n'eût contribué à le mettre ou à l'en-

tretenir dans la fausse opinion par suite de laquelle il a manqué d'exécuter l'obligation. (Comp. Douai, 26 avril 1845, Pompuy, Dev., 1845, II, 555.)

692. — Nous venons d'exposer dans quels cas la clause pénale peut être encourue.

Il nous reste à voir de quelle manière elle est encourue, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, et que l'un ou quelques-uns d'entre eux seulement ont contrevenu à l'obligation principale.

Cette question peut s'élever dans deux cas :

Soit lorsque l'obligation principale a été contract , dans l'origine, par plusieurs débiteurs conjoints;

Soit lorsque l'obligation principale, ayant été contractée, dans l'origine, par un débiteur unique, ce débiteur est mort laissant plusieurs héritiers, sans avoir encouru lui-même la peine.

693. — Nous disons : *sans avoir encouru lui-même la peine.*

Si, en effet, le débiteur primitif avait, lui-même, contrevenu à son obligation, cette contravention aurait fait naître, dans sa personne, l'obligation subsidiaire résultant de la clause pénale.

Et cette obligation divisible (en supposant qu'elle consiste, comme presque toujours, en une somme d'argent) serait, dans sa succession, supportée comme toutes les autres obligations héréditaires.

C'est-à-dire que les héritiers en seraient tenus, comme ils sont tenus de toutes les dettes héréditaires, chacun pour sa part et portion.

Si la clause pénale est de 12 000 fr. et que le débiteur contrevenant laisse quatre héritiers, par égales parts, chacun d'eux n'en serait tenu que jusqu'à concurrence de 3000 fr.

C'est l'application du droit commun.

Ce qu'il faut donc supposer, pour que notre question s'élève, de savoir si la contravention de l'un des héritiers

du débiteur, donne ouverture à la clause pénale pour le tout et contre les héritiers non contrevenants, c'est que la contravention provient de l'un des héritiers.

Telle est, en effet, l'hypothèse, dont notre Code s'occupe dans les articles 1232 et 1233.

694. — Cette hypothèse a été, en droit romain et dans notre ancien droit français, l'objet d'une savante étude. (Comp. les fragments des jurisconsultes Caton et Paul, 4, § 1 et 85, § 3, ff. *de Verbor. obligat.*; Dumoulin, Part. III, n°s 112, 138 et suiv.; 173 et suiv.)

Pothier la posait en ces termes :

« Si la peine est encourue pour le total et par tous les héritiers du débiteur, pour la contravention de l'un d'eux. »

Et voici sa réponse, qui résume l'ancienne doctrine :

« Il faut, à cet égard, distinguer entre les obligations divisibles et les obligations indivisibles. » (n°s 355 et suiv.)

695. — Telle est aussi la distinction, que notre Code consacre, en se conformant aux traditions de l'ancien droit.

Il règle, dans l'article 1232, le cas où l'obligation primitive est indivisible;

Et, dans l'article 1233, le cas où l'obligation primitive est divisible.

696. — I. L'article 1232 est ainsi conçu :

« Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale, est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur; et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine. »

La disposition de ce texte est, législativement, très-nette.

L'article suppose qu'un seul des héritiers du débiteur contrevient à une obligation indivisible.

Et il décide que cette contravention d'un seul donne ouverture à la clause pénale pour le tout.

Paul s'est obligé à me laisser passer sur son fonds, sous une clause pénale de 12 000 fr.

Il meurt, laissant quatre héritiers.

Trois d'entre eux consentent à me livrer le passage promis par leur auteur.

Un seul s'y oppose!

Eh bien! la peine totale n'en est pas moins encourue; et je puis réclamer les 12 000 fr.

Pourquoi?

Parce que l'obligation principale n'étant pas susceptible d'une prestation partielle, chacun des héritiers en est tenu pour le tout; parce que, dès lors, la contravention d'un seul produit, envers moi, le même résultat que produirait la contravention de tous.

C'est ce que disait Paul, très-justement :

« .... *Quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor....* » (D. 85, § 3, ff. *de Verbor. obligat.*)

697. — Je puis donc réclamer la peine entière, 12 000 fr.

Mais contre qui?

Notre article répond :

Contre l'héritier contrevenant pour le tout;

Contre les héritiers non contrevenants chacun pour sa part;

Sauf le recours de ceux-ci contre le contrevenant.

698. — Ce sont là, disons-nous, des dispositions très-nettes, et qui semblent ne pouvoir donner lieu à aucune difficulté d'interprétation.

Ce que nous avons donc à rechercher, c'est la raison théorique sur laquelle elles reposent et si elles sont conformes aux principes.

Or, ne pourrait-on pas prétendre, contrairement à la double décision de notre texte :

Soit que la peine n'aurait dû pouvoir être demandée par le créancier à chacun des héritiers que pour sa part, sans excepter même le contrevenant ;

Soit, dans un sens diamétralement inverse, qu'elle aurait dû pouvoir être demandée, pour le tout, à l'héritier contrevenant, sans pouvoir être demandée à chacun des non contrevenants même pour sa part ?

Ces deux thèses ont été, en effet, dans notre ancien droit, le sujet de longues controverses.

699. — Et d'abord, ce fut une question de savoir si le créancier peut demander la peine entière à celui des héritiers qui a fait la contravention ?

Deux arguments étaient présentés à l'appui de la solution négative :

1° La loi romaine, qui formait alors la base de toute cette théorie, ne le disait pas ; tout au contraire ! elle disait que la peine est due par tous les héritiers pour leur portion héréditaire seulement.

2° Est-ce que, en effet, la clause pénale, n'a pas été, comme l'obligation primitive, contractée par le défunt? n'est-elle pas aussi une dette de la succession ?

Certainement oui !

La clause pénale est une obligation subsidiaire, contractée sous une condition, qui, une fois accomplie, devient une dette héréditaire comme une autre ;

Et par conséquent, le créancier ne doit pouvoir demander le payement de la peine, de même qu'il ne peut demander l'exécution de l'obligation principale, à chacun des héritiers que pour sa part et portion.

Car chacun d'eux, une fois la peine encourue, de quelque manière que ce soit, même par la contravention d'un seul, n'en est tenu que comme héritier, et dès lors seulement pour sa part et portion héréditaire.

Mais, déjà dans notre ancien droit, cet argument avait

été réfuté par Dumoulin (Part. III, nos 128 et suiv.), et par Pothier (n° 356), qui, malgré le silence des jurisconsultes romains, décidaient que le créancier peut demander la peine entière à l'héritier contrevenant :

1° Que cet héritier doive supporter la peine entière, dans ses rapports avec ses cohéritiers, cela est certain; car il ne se peut pas que ses cohéritiers, qui sont innocents de la contravention, en portent, à cause de lui, la peine même seulement pour une part.

Et par conséquent, on ne peut douter, disait Pothier, que l'héritier contrevenant n'en soit tenu, pour le tout, envers le créancier, *au moins obliquement et indirectement;* car étant tenu d'acquitter ses cohéritiers des parts dont ils sont tenus, le créancier doit être admis, pour éviter le circuit d'actions, à lui demander la peine, non-seulement pour sa part, mais pour celles de ses cohéritiers, dont il est tenu de les acquitter, et, par conséquent, pour le total.

2° Il y en a encore un autre motif.

C'est que l'héritier, qui a commis la contravention, ne doit pas seulement la peine comme héritier.... *ut hæres;*

Il la doit, lui-même, personnellement, à cause de son propre fait.... *ut ipse et ex proprio facto.*

Et il la doit, en vertu de cette dernière cause, très-juridiquement, en effet, pour le tout!

Voilà une démonstration évidemment décisive.

700. — Elle l'est même si bien, que l'on peut demander pourquoi le contrevenant qui est si justement tenu de la peine pour le tout, n'en est pas, en effet, seul tenu, et quel est le principe de l'action que l'on accorde au créancier contre chacun des non contrevenants pour sa part héréditaire ?

C'est notre seconde objection. (*supra,* n° 698.)

Puisque les autres héritiers n'ont pas eux-mêmes contrevenu à l'obligation contractée par leur auteur, est-ce

qu'ils ne devraient pas être affranchis de toute poursuite, quant à la clause pénale, comme ils seraient affranchis de toute poursuite, quant aux dommages-intérêts, dans le cas où aucune clause pénale n'aurait été stipulée? (Comp. *supra,* n° 609.)

L'objection était assurément pressante!

Comment a-t-on pu s'y soustraire?

Par une raison que nous avons déjà présentée, et qui, malgré son apparence un peu subtile peut-être, n'en est pas moins pourtant très-juridique.

On a considéré que la clause pénale est une obligation subsidiaire, contractée par le débiteur primitif, conditionnellement pour le cas où l'obligation principale ne serait pas exécutée;

Or, l'inexécution de l'obligation principale, de quelque manière que ce soit, même par la contravention d'un seul, fait arriver l'événement, sous la condition duquel cette obligation subsidiaire a été contractée;

Donc, chacun des héritiers doit être tenu, en effet, *ut hæres,* en tant qu'il représente son auteur qui a contracté cette obligation.

Et ce n'est pas là une subtilité scientifique!

Il y va d'un intérêt pratique très-considérable pour le créancier, qui doit être présumé avoir voulu, sans doute, par la stipulation d'une clause pénale, pourvoir efficacement à sa garantie.

Qu'adviendrait-il, en effet, si le créancier n'avait d'action pour le payement de la peine que contre l'héritier contrevenant?

Premier embarras d'abord : quel est l'héritier contrevenant? — est-il seul? — y en a-t-il plusieurs?

Et puis, si le seul contrevenant est insolvable, faut-il que le créancier ne touche rien de cette indemnité pénale qu'il avait pris le soin de stipuler?

C'est ce que Dumoulin remarquait, avec une grande justesse :

« .... *Et alias fieret injuria stipulatori; quia hæredes sui debitoris obligatione eximerentur, et posset esse inanis adversus offensorem actio quem paupertas audaciorem facit; et sua interest omnes habere obligatos, ut omnes vigilent, ut in communi periculo....* » (Part. I, n° 28.)

701. — Malgré ces raisons pourtant, Dumoulin pensait que l'héritier non contrevenant, poursuivi par suite de la contravention de son cohéritier, pouvait exiger que le créancier formât sa poursuite pour le tout contre l'héritier contrevenant; qu'il la formât, disons-nous, à ses risques, à lui, défendeur, et sous sa promesse, avec caution, de payer le montant des condamnations à intervenir. (Part. III, n° 27).

Pothier semble adhérer à ce tempérament (n° 336).

Mais nous n'en trouvons, dans notre Code, aucune trace.

Aussi, faut-il, suivant-nous, tenir pour certain que l'héritier non contrevenant, poursuivi pour sa part, ne saurait se soustraire, par un tel procédé, à l'action personnelle, que le texte précis de la loi accorde au créancier contre lui (comp. Larombière, t. III, art. 1232, n° 7).

702. — L'article 1232 ne prévoit que *la contravention d'un seul des héritiers du débiteur.*

Supposons que plusieurs héritiers, ou même que tous les héritiers soient contrevenants!

Rien de plus simple.

Chacun de ceux qui auront fait la contravention devra être évidemment traité comme celui qui l'aurait faite seul.

C'est-à-dire que la peine entière pourra être demandée, en effet, à chacun d'eux.

« .... *Nec qui peccavit,* disait Dumoulin, *ex eo relevari debet, quod peccati consortem habuit; multitudo peccantium non exonerat, sed magis aggravat....* » (Part. III, n° 148; comp. Pothier, n° 357; Colmet de Santerre, t. V, n. 169 *bis* IV; Larombière, t. III, art. 1232, n° 8.)

703. — Pothier enseignait que, dans ce cas, chacun

des héritiers contrevenants est tenu *solidairement* de la peine (*loc. supra cit.*).

Et M. Larombière enseigne aussi que « si tous les héritiers avaient contrevenu, tous seraient débiteurs *solidaires* de la peine » (*loc. supra cit.*).

Débiteurs *in totum*, oui !

Mais non pas débiteurs *totaliter !*

Car il n'existe, entre eux, aucune relation juridique de société, de mandat ni de cautionnement, d'où puisse résulter la solidarité, avec sa conséquence, qui les ferait réciproquement les représentants les uns des autres. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, *loc. supra cit.*)

704. — L'article 1232 ajoute que les héritiers peuvent être aussi, dans ce cas, tenus hypothécairement pour le tout.

C'est-à-dire qu'il suppose que le défunt avait garanti la clause pénale par une hypothèque conventionnelle.

Et, dans ce cas, en effet, il est clair que l'héritier ou les héritiers qui détiennent l'immeuble hypothéqué, seront tenus, pour le tout, en vertu de l'action hypothécaire, suivant le droit commun (art. 873, 875).

705. — Chacun des héritiers, même ceux qui n'auraient pas fait la contravention, seraient également tenus de la peine entière, envers le créancier, quoique notre article ne le dise pas, si cette peine consistait dans une chose indivisible.

Tel est aussi, en effet, le droit commun (art. 1222-1223).

706. — Mais, dans tous les cas, les héritiers non contrevenants ont un recours contre l'héritier contrevenant :

Soit pour leur part, s'ils n'ont payé que leur part ;

Soit pour le tout, s'ils ont payé le tout.

« .... *Sed cæteri familiæ erciscundæ sarcient damnum...* » disait Paul (L. 85, § 3, *De verbor. obligat.*).

« .... *Sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine,* » dit l'article 1232.

707. — II. Reste le cas où l'obligation primitive est divisible, et que l'article 1233 règle en ces termes :

« Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée.

« Cette règle reçoit exception, lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le payement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, la peine entière peut être exigée contre lui et contre les autres héritiers, pour leur portion seulement, sauf leur recours. »

Deux jurisconsultes romains semblent se contredire sur l'hypothèse qui fait l'objet de ce texte.

Une obligation divisible a été contractée sous une clause pénale; l'obligation, par exemple, de payer une somme de 20 000 fr.

L'un des héritiers du débiteur refuse de payer la part dont il est tenu.

Mais les autres héritiers offrent leurs parts.

La question est celle-ci :

L'inexécution, par l'un d'eux, pour sa part, de cette obligation divisible, fait-elle encourir la peine aux autres, qui sont prêts à l'exécuter, chacun pour sa part?

Non! répondait Caton, dans la loi 4, § 1, au Digeste, *De verborum obligationibus ;*

Oui, répondait Pomponius, dans la loi 5, § 4, au même titre.

« Les interprètes, tant anciens que modernes, dit Pothier, se sont efforcés de concilier ces deux textes. » (N° 359.)

Et Dumoulin, après avoir rapporté ces différentes conciliations et les avoir *réfutées toutes!* propose la sienne, qui consiste dans une distinction, que Pothier approuve,

et qui est précisément celle que les rédateurs de notre Code ont reproduite dans l'article 1232.

708. — L'obligation primitive, qui a été contractée sous une clause pénale, est-elle divisible non-seulement *obligatione*, mais encore *solutione* ?

C'est l'espèce de la loi de Caton.

Dans ce cas, celui des héritiers qui n'exécute pas l'obligation pour sa part, encourt, seul et pour sa part, la peine, sans que les autres héritiers, qui exécutent l'obligation, l'encourent eux-mêmes en aucune manière.

Rien de plus conforme aux principes du droit commun.

709. — Il est clair, toutefois, qu'il en serait autrement, si la peine avait été garantie par une hypothèque.

C'est alors aussi, conformément aux principes du droit commun, que celui ou ceux des héritiers, quels qu'ils soient, contrevenants ou non-contrevenants, qui seraient détenteurs de l'immeuble hypothéqué, pourraient être poursuivis hypothécairement pour le tout (art. 1232).

710. — Au contraire, l'obligation primitive, qui a été contractée sous une clause pénale, bien qu'étant divisible *obligatione*, est-elle indivisible *solutione* ?

C'est l'espèce de la loi de Pomponius.

Dans ce cas, l'inexécution de l'obligation par un seul des héritiers, fait encourir la peine entière, qui devient exigible pour le tout contre l'héritier contrevenant, et contre chacun des autres héritiers pour sa part, lors même que ceux-ci n'y ont pas contrevenu.

Quoi d'étonnant, puisque nous ne sommes plus dans l'hypothèse d'une *obligation divisible*, garantie par une clause pénale !

Nous retombons dans l'hypothèse, dont nous nous occupions tout à l'heure, *d'une obligation indivisible* (*supra*, n° 696).

Et il est tout simple que l'on applique, non plus le principe qui régit l'obligation divisible, mais le principe qui régit l'obligation indivisible !

711. — Ce qu'il faut même remarquer, c'est que le plus souvent, la stipulation d'une clause pénale pourra communiquer à l'obligation principale ce caractère d'obligation indivisible *solutione* ;

« .... Lorsqu'il paraîtra, dit Pothier, que l'intention des parties a été, en ajoutant une clause pénale, que le payement ne pût se faire que pour le total et non par parties.... » (*Loc. supra cit.*)

Paul s'est obligé, sous une clause pénale de 2000 fr., à me livrer, le 1er mars prochain, une somme de 20000 fr. dont j'ai besoin précisément ce jour-là, pour exercer une faculté de rachat qui expire le lendemain.

Voilà une obligation indivisible *solutione*, à laquelle, en effet, la stipulation d'une peine imprime de plus en plus ce caractère! (Comp. *supra*, n° 530.)

Paul meurt, laissant quatre héritiers.

Et quand, le 1er mars, je demande, contre l'un d'eux, le payement total de cette somme de 20 000 fr., il m'offre seulement 5000 fr., c'est-à-dire le quart dont il est tenu comme héritier.

Eh bien ! la peine entière sera encourue : contre lui pour le tout ; et contre les trois autres, chacun pour sa part.

712. — Nous disons que la peine sera encourue pour le tout, par l'héritier poursuivi, qui se bornerait, en cas pareil, à offrir sa part.

M. Larombière semble, toutefois, exprimer un sentiment contraire :

« Il convient, dit-il, de faire attention aux expressions dont se sert l'article 1233. La peine entière peut être exigée contre celui qui a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. Ces mots : *qui a empêché*, ont une valeur et un sens particuliers. Il en résulte que la peine n'est pas encourue pour le tout par celui des héritiers du débiteur qui offre sa part dans la dette, alors même que le créancier la refuse comme payement insuffisant...» (T. III, art. 1233, n° 5.)

Cel aest-il exact sous l'empire de notre Code?

Nous ne le croyons pas.

En effet, aux termes de l'article 1221, *chaque héritier, dans ce cas, peut être poursuivi pour le tout ;*

Or, s'il peut être poursuivi pour le tout, c'est le tout qu'il doit payer pour conjurer la poursuite et satisfaire le créancier !

N'oublions pas le changement considérable par lequel le nouveau législateur a modifié l'ancienne doctrine.

Tandis que, autrefois, le créancier ne pouvait que refuser par voie d'exception, comme payement insuffisant, la part de l'un des héritiers.

Il peut aujourd'hui poursuivre, par voie d'action, chacun d'eux pour le tout! (Comp. *supra*, n° 586.)

713. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que, dans ce cas aussi, celui des héritiers par le fait duquel les autres héritiers auraient encouru la peine, serait tenu de les indemniser.

« .... *Sauf leur recours*.... » dit l'article 1232, comme le second alinéa de l'article 1233.

714. — Les articles 1232 et 1233, dont nous venons de nous occuper, règlent seulement le cas où la contravention à l'obligation primitive garantie par une clause pénale, a été commise, envers un créancier unique, par *l'un d'entre plusieurs héritiers du débiteur.*

Mais le Code a gardé le silence sur le cas inverse, où la contravention a été commise, par un débiteur unique, *envers l'un d'entre plusieurs héritiers du créancier.*

Cette hypothèse pourtant avait été, de même que l'hypothèse précédente, prévue par les jurisconsultes romains et par nos anciens jurisconsultes français.

« Si la peine est encourue pour le total, et envers tous les héritiers du créancier, par la contravention faite envers l'un d'eux. »

C'est en ces termes que Pothier la proposait (n° 364).

Et, certainement, la rédaction de notre Code sur cette

matière aurait été plus complète, s'il avait aussi réglé cette seconde hypothèse corrélative, qui forme, pour ainsi dire, *le pendant* de la première.

715. — Il y a un cas, d'ailleurs, qui ne saurait offrir de difficulté, c'est celui où l'obligation primitive est d'une chose divisible.

En effet, la clause pénale est alors évidemment elle-même divisible, comme l'obligation principale.

Et l'inexécution envers l'un des héritiers du créancier ne peut faire encourir la peine au débiteur qu'envers ce créancier et pour sa part héréditaire seulement, sans que les autres héritiers du créancier, envers lesquels le débiteur a exécuté l'obligation, puissent y rien prétendre.

716. — Mais le cas inverse n'est pas aussi simple.

L'obligation primitive est d'une chose indivisible.

Paul s'est obligé, sous une clause pénale de 12000 fr., à laisser passer Pierre sur son fonds.

Pierre est mort laissant quatre héritiers,

Et Paul, qui consent à laisser passer sur son fonds trois d'entre eux, refuse le passage au quatrième !

La peine entière, 12 000 fr., est-elle encourue par cette contravention envers l'un seulement des quatre héritiers du créancier?

On pourrait, dans le sens de l'affirmative, déduire un argument fort sérieux du texte même de l'article 1232 et du principe sur lequel il est fondé :

D'après l'article 1232 :

« Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine (entière) est encourue *par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur....* »

Pourquoi ?

Parce que chacun des héritier du débiteur est tenu, pour le tout, de l'exécution de cette obligation, qui n'est pas susceptible d'être exécutée par parties; et que, en

conséquence, la contravention commise même par un seul, constitue, à l'encontre du créancier, une contravention totale, qui doit lui faire encourir le total de la peine « .... *quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor.* » (*Supra*, n° 696.)

Or, la situation est, en ce qui concerne les héritiers du créancier, la même de tous points !

Chacun des héritiers du créancier est, en effet, créancier, pour le tout, de cette obligation, qui ne peut pas être exécutée par parties ; et en conséquence, la contravention commise même envers un seul constitue une contravention totale, qui doit faire encourir le total de la peine !

Et, de chacun des héritiers du créancier on peut dire, activement, ce que le jurisconsulte Paul disait, passivement, de chacun des héritiers du débiteur :.... « *quoniam licet unus prohibeatur, non tamen in partem prohibetur.* »

Donc, il faut appliquer aux héritiers du créancier la disposition que l'article 1232 applique aux héritiers du débiteur.

La logique des principes commande cette corrélation.

Aussi, telle était, en droit romain, la conclusion formelle d'Ulpien, dans la loi 85, § 1, au Digeste, *De verborum obligationibus.*

717. — Cette conclusion, pourtant, n'est pas admissible ; et nous allons voir qu'elle n'a jamais été admise, en effet, ni dans notre ancien droit français, ni même en droit romain.

Ce qu'il faut donc répondre, même dans le cas où l'obligation primitive est d'une chose indivisible, c'est que la contravention commise par le débiteur envers l'un des héritiers du créancier, ne lui fait encourir la peine qu'envers ce créancier seulement et pour sa part héréditaire.

Les dissidents prétendent que la peine doit alors être encourue pour le total !

Eh bien! donc, qu'allez-vous faire de ce total de la peine?

L'attribuerez-vous, divisément, à chacun des héritiers du créancier, pour sa part héréditaire, et même à ceux envers lesquels le débiteur a exécuté l'obligation?

Mais c'est impossible!

Ceux des héritiers envers lesquels l'obligation a été exécutée, n'auraient pas droit à des dommages-intérêts;

Or, la peine est la représentation des dommages-intérêts, qui pourraient être dus au créancier;

Donc, il n'y a pas lieu à la prestation de la peine, dans le cas où il n'y aurait pas lieu à des dommages-intérêts.

L'argument paraît serré.

Il ne serait pas sans réponse pourtant; et, si nous n'avions que celui-là, la logique rigoureuse ne serait peut-être pas de notre côté.

C'est que, en effet, cette assimilation de la peine avec les dommages-intérêts n'est pas exacte d'une manière absolue; et voici la réponse qu'Ulpien y faisait dans notre hypothèse même :

« .... *Ubi unus ex hæredibus prohibetur, non potest cohæres ex stipulatu agere, cujus nihil intersit,* NISI POENA SUBJECTA SIT; NAM POENA SUBJECTA EFFICIT UT OMNIBUS COMMITTATUR, QUIA HIC NON QUÆRIMUS CUJUS INTERSIT... » (L. 3, § 1, ff. *De verbor. obligat.*)

Il est vrai!

C'est la différence entre les dommages-intérêts et la peine contractuelle, que les premiers ne sont dus qu'autant que le créancier prouve qu'il a éprouvé un dommage..., *cujus intersit;* tandis que la seconde est due, indépendamment de toute preuve de ce genre (*supra*, n° 663).

Mais, tout en reconnaissant ce principe, nous répliquons, à notre tour, par un autre principe, qui est très-certain aussi, en matière de clause pénale, et qu'il faut concilier avec l'autre, à savoir :

« Que le créancier ne peut pas demander, en même temps, le principal et la peine.... » (Art. 1229.)

Or, ceux des héritiers du créancier, envers lesquels l'obligation a été exécutée, demanderaient en même temps le principal et la peine, s'ils obtenaient une part de celle-ci, par suite de la contravention commise seulement, envers l'un d'eux;

Donc, il y a là un obstacle radical à ce qu'ils obtiennent en effet, une partie de la peine.

Eh bien! alors, si la peine n'est pas répartie entre les héritiers du créancier, l'attribuerez-vous tout entière à celui d'entre eux envers lequel l'obligation n'a pas été exécutée?

Mais c'est impossible encore!

1° Parce que, dès l'instant où l'un des héritiers du créancier opte pour la peine et en demande le payement, rien ne fait obstacle à l'application de la divisibilité héréditaire des créances, puisque la peine elle-même est divisible;

2° Parce qu'il ne serait ni juridique ni équitable que celui des héritiers du créancier, envers lequel seul l'obligation n'a pas été exécutée, obtînt, dans la peine, une part plus forte que celle qu'il obtiendrait si l'obligation n'avait pas été exécutée non plus envers ses cohéritiers;

Or, si l'obligation n'avait pas plus été exécutée envers ses cohéritiers qu'envers lui, il n'aurait eu droit à la peine que pour sa part héréditaire;

Donc, il ne doit avoir droit à la peine que pour sa part héréditaire, lors même que l'obligation a été exécutée envers ses cohéritiers.

Car cette circonstance, qui est même atténuante en ce qui concerne le débiteur, n'est nullement aggravante en ce qui concerne l'héritier du créancier, envers lequel la contravention a été commise!

Que lui importe qu'elle n'ait pas été commise envers les autres.... *cujus nihil intersit!*

Concluons donc que l'héritier du créancier n'aurait droit, en cas pareil, à la peine que pour sa part.

Telle était l'ancienne doctrine française (comp. Dumoulin, part. I, nos 32 et 35; Pothier, n° 364).

Et nous ajoutons que telle était aussi la doctrine romaine.

Ulpien, à la vérité, exprimait une solution contraire, dans la loi que nous avons citée (3, § 1, ff. *De verbor. obligat.*)

Mais il l'exprimait seulement d'après la rigueur subtile des principes; rigueur dont les jurisconsultes romains s'écartaient eux-mêmes dans l'application.

La preuve en est dans la loi 2, § 6, au même titre du Digeste, où Paul, prévoyant exactement notre hypothèse, décide, en effet, d'abord, comme Ulpien, que la peine sera encourue, pour le tout, par la contravention envers un seul des héritiers du créancier :

« .... *Si unus ex hæredibus stipulatoris prohibeatur....*, *pœna in solidum committetur.* »

Mais il ajoute aussitôt que les autres héritiers, envers lesquels l'obligation a été exécutée, seraient repoussés par l'exception de dol, s'ils réclamaient une part dans la peine :

« .... *Sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur....* »

L'autorité des traditions s'ajoute donc à l'autorité des principes, pour confirmer cette doctrine, qui paraît, en effet, si bien établie, que l'on est fondé à croire que le législateur nouveau, par son silence même, a entendu s'y référer. (Comp. Sebire et Carteret, *Encyclop. du Droit*, v° *Clause pénale*, n° 69; Colmet de Santerre, t. V, n° 171 *bis;* Larombière, t. III, art. 1233, n° 10.)

FIN DU VINGT-SIXIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU VINGT-SIXIÈME VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFERENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE IV.

SECTION III.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE OÙ IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XXVI, art. 1189-1233.)

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.



FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

11361. — Imprimerie générale. — Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.




a39003 008353970b


DATE DUE
CAT. NO. 1137

